

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
APLICADAS -PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU -MESTRADO  
EM DIREITO**

**RENATA MIRANDA LIMA**

**PRISÃO DOMICILIAR: UM DIREITO DA MÃE OU DA CRIANÇA À LUZ DO STF  
NA DECISÃO CAUTELAR DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO 143.641- SP/2018?**

**SÃO PAULO**

**2020**

RENATA MIRANDA LIMA

PRISÃO DOMICILIAR: UM DIREITO DA MÃE OU DA CRIANÇA À LUZ DO STF NA  
DECISÃO CAUTELAR DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO 143.641- SP/2018?

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho,  
linha de pesquisa 1:Justiça e o Paradigma da Eficiência,  
para obtenção do título de Mestrado em Direito.  
Orientadora: Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer-  
Pflug Marques.

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

SÃO PAULO

2020

## FICHA CATALOGRÁFICA

Lima, Renata Miranda.

Prisão domiciliar: um direito da mãe ou da criança à luz do STF na decisão cautelar do habeas corpus coletivo 143.641-SP/ 2018. / Renata Miranda Lima. 2020.

175 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques.

1. Prisão domiciliar. 2. Maternidade. 3. Raça. 4. Cárcere. 5. Direitos da Criança e do adolescente.

I. Marques., Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. II. Título.

CDU 34

## AGRADECIMENTOS

A Deus, porque dele, por ele e para ele são todas as coisas! Por todas os dias me permitir sentir seu amor o qual se transforma em um convite para amar ao próximo como a mim mesma. Igualmente agradeço por me mostrar que exercer o amor é mais importante que falar a línguas dos anjos e que a felicidade está nas coisas simples da vida.

À minha família, pois pelo suor e sacrifício de meus pais, irmãs avós e tias tem se materializado em mim oportunidade de acesso à educação e avanço na formação acadêmica, bem como agradeço a eles por me mostrarem o quão importante é à força do coletivo para a concretização de sonhos individuais e daí a beleza de construir sonhos com resultados coletivos e pela crença nos meus sonhos, e que mesmo não vendo e por vezes não entendendo, sempre me incentivam continuar.

Obrigada mãe por cada oração e por cada palavra de incentivo que me sustentaram nos momentos de tristezas e dúvidas. Obrigada Stefani pelo companheirismo imensurável, cada leitura desta dissertação e pelas palavras de consolo nos momentos difíceis, sou grata a Deus pela sua vida irmã. Obrigada Juliana e Ketlein pela amizade e compartilhamento, pelas palavras de coragem e por me ensinarem a repetir o mantra '*quem cede a vez não quer vitória*'.

Obrigada Tia Anita, Pai e Avó Candida, porque aprendo muito com a história, com o caráter e os conselhos de vocês!

Professora Carolina Albuquerque você foi um presente durante a minha graduação que fomentou sonhos em mim que estão se concretizando neste trabalho. Obrigada Professora Samantha por me orientar neste trabalho, pela paciência e perseverança para me fazer voltar ao foco do estudo quando me distanciava.

Agradeço a Viviane por toda atenção, serenidade e paciência comigo durante estes dois anos de estudo na universidade.

Agradeço a Uninove por me permitir concretizar o sonho de ser Mestre.

Agradeço ao corpo de professores da Universidade Nove de Julho que com brilhantismo singular me proporcionaram a quebra de paradigmas e ampliação de horizontes.

Em especial quero agradecer à professora Samantha Ribeiro, Renata Mota Maciel Madeira Dezem e Marcelo Benacchio, pois foram pessoas chaves na condução da presente dissertação e com seus acertados apontamentos se fez possível os encaminhamentos deste trabalho.

Também não poderia deixar de agradecer a professora Luciana Temer e ao professor Álvaro Andreucci com os quais tive a oportunidade de cursar créditos que foram fundamentais a ponto de atuarem como mola propulsora para a formação da presente dissertação.

Por fim, agradeço à todas as pessoas das quais não é possível citar nominalmente, mas as identifico como aquelas pessoas que me acompanharam no desenvolvimento desta dissertação e não pouparam ajuda de forma técnica, com palavras amigas e de incentivo. Vocês fizeram parte deste processo de construção de caminhos e estratégias para alcançar um sonho, um projeto!

*Não esqueçam daqueles que estão na prisão. Sofram com eles, como se vocês próprios estivessem aprisionados com eles. Partilhem o sofrimento daqueles que estão sendo maltratados, pois vocês sabem o que eles estão passando.*  
*Carta aos Hebreus, 13:03*

## **RESUMO**

O *habeas corpus* coletivo 143-641/SP de 2018 foi o instrumento jurídico que instalou o debate no Supremo Tribunal Federal quanto aos cárceres e as violações de direitos de milhares de crianças e mães espalhadas pelo Brasil. A importância deste debate no STF transcende a solução material de transformar prisões provisórias em domiciliar, pois com a decisão, se inaugurou novo remédio Constitucional coletivo capaz de tutelar violações amplas, massivas e sistemáticas do direito à liberdade. O acolhimento do *habeas corpus* ganha especial importância na contemporaneidade em razão do aumento da população carcerária feminina. Tal aumento faz surgir várias problemáticas. A primeira diz respeito à arquitetura prisional que não foi pensada às mulheres o que implica diversas violações direitos. A outra problemática é encarcerá-las alcança, para além delas, sua prole ferindo direitos das crianças consagrados na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente. À vista dessa situação, o Código de Processo Penal ampliou as modalidades de prisão domiciliar às mães de crianças até 12 anos incompletos ou às mulheres gestantes, desde que observados alguns requisitos legais previstos nos artigos 318, 318-A, 318-B e 319 do CPP. Contudo, a previsão legal não bastou à sua concretização, daí a importância do *habeas corpus* coletivo. É nessa conjuntura que se desenvolverá a presente dissertação, que tem como objetivo compreender quais os argumentos usados nos votos e quem é o sujeito de direito reconhecido à concessão da ordem. Para tanto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica e documental.

**PALAVRAS CHAVE:** Prisão Domiciliar; Maternidade; Raça; Cárcere; Direitos da Criança e do adolescente; *Habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP-2018, STF.

## ABSTRACT

The collective habeas corpus 143-641 / SP, was a legal instrument that installed the debate in the Federal Supreme Court regarding jails and violations of the rights of thousands of children and mothers throughout Brazil. The importance of this debate in the Supreme Court goes beyond the material solution of transforming provisional prisons into domiciliary, because with the decision a new collective constitutional remedy capable of protecting wide, massive and systematic violations of the right to liberty was inaugurated. The reception of habeas corpus gains special importance in contemporary times due to the increase of the female prison population. Such an increase raises several problems. The first concerns prison architecture that was not designed for women, which implies several rights violations. The other problem is that incarcerating them reaches, beyond them, their offspring hurting the rights of children enshrined in the Constitution and the Statute of Children and Adolescents. Faced with this situation, the Code of Criminal Procedure extended the modalities of house arrest to mothers of children under 12 years old or to pregnant women, provided that certain legal requirements provided for in articles 318, 318-A, 318-B and 319 of the CPP. However, the legal provision was not enough for its realization, hence the importance of the collective habeas corpus. It is at this juncture that the present dissertation will be developed, which will aim to understand which arguments are used in the votes and which is the right subject recognized to grant the order. Therefore, the hypothetical-deductive method is used, based on bibliographic and documentary research.

**KEYWORDS:** Home Imprisonment; Maternity; Race; Prison; Rights of Children and Adolescents; *Habeas Corpus* collective n ° 143.641/SP-2018, STF.

## LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1: MUDANÇA NA TAXA DE DETENÇÃO ANTES DO JULGAMENTO (NÚMERO DE PESSOAS MANTIDAS ANTES DO JULGAMENTO POR 100.000 HABITANTES) DESDE 1970. TRADUÇÃO NOSSA. 22

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF 347	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADHu	Coletivo de Advogados em Direitos Humanos
CDP	Centro de Detenção Provisória
CLADEM	Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher
CRFB	Constituição Da República Federativa Do Brasil.
DSM	Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEIA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal.
ONU	Organizações Das Nações Unidas
OMS	Organização Mundial da Saúde
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio
STF	Supremo Tribunal Federal
UNICAMP	Universidade de Campinas

-

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	12
<b>1 – Capítulo 1 – O Quadro de Mulheres encarceradas no Brasil</b> .....	15
1.1. Análise de dados de mulheres presas entre 2000 a 2018.....	16
1.2. Quem são os sujeitos envolvidos no cenário de aprisionamento de Mulheres?.....	32
1.3. O Descompasso entre o Cárcere e a Criança.....	38
1.4. Modificação Legal no artigo 318 IV e V do Código de Processo Penal.....	47
1.5. Do Perfil ao Contexto da Mulher encarcerada .....	49
1.5.1. As Intersecções de Violência no Contexto de Cárcere.....	51
1.5.1.2. Porque são Elas? .....	55
<b>2 - Capítulo 2 – Do Habeas Corpus Coletivo N° 143-641/SP-2018 STF</b> .....	66
2.1 O Habeas Corpus Coletivo, Cárcere de Mulheres no Brasil e Acesso À Justiça .....	67
2.2. O Contexto de Formulação do Habeas Corpus Coletivo e sujeitos envolvidos .....	77
2.3. Da Análise da Petição Inicial .....	83
2.3.1. Presunção de Inocência .....	86
2.3.2. do Princípio da Dignidade Humana e Melhor Interesse da Criança .....	94
<b>3 – Capítulo 3 – A Construção da Decisão do Supremo Tribunal Federal e aplicação da Prisão Domiciliar</b> .....	107
3.1. Prisão Domiciliar e Medidas Cautelares no Plano Constitucional.....	107
3.2. Interpretação, Aplicação e Fundamentos Jurídicos Constitucionais Presentes nos Votos.....	115

3.2.1. Valor Constitucional da Dignidade Humana.....	119
3.2.2. Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.....	132
3.2.3. Princípio da Intranscedência da Pena.....	135
3.2.4. Prioridade Absoluta e melhor Interesse da Criança.....	138
<b>Conclusão .....</b>	<b>157</b>
<b>Referências .....</b>	<b>162</b>

## INTRODUÇÃO

A impetração do *habeas corpus* coletivo 143-641/SP de 2018 foi instrumento jurídico que instalou o debate no Supremo Tribunal Federal quanto às violações de direitos de milhares de crianças e mães em estado de cárcere no Brasil. Destaca-se que a importância deste debate que transcende a solução material de transformar a prisão provisória em domiciliar, pois o acolhimento do *writ* inaugurou um novo remédio Constitucional coletivo capaz de fazer cessar violações amplas, massivas e sistemáticas do direito à liberdade, o que aprofunda ganhos em efetividade da justiça e faz do *habeas corpus* coletivo 143.641 um marco histórico para o Direito Brasileiro.

A importância desse remédio Constitucional é ampliada na contemporaneidade que segundo dados do INFOPEN MULHERES, até junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000. Tal aumento faz surgir várias problemáticas.

A primeira problemática diz respeito a arquitetura prisional que por não ter sido pensada para abrigar mulheres, gera diversas violações de direitos, dentre eles destaca-se o artigo 5º, inciso L da Constituição que determina que os presídios devem contar com condições adequadas para que as detentas possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, bem como o artigo 5º inciso XLVIII que impõe ao Estado o dever de que os estabelecimentos penais se atentem ao sexo do apenado.

A outra problemática detectada é o fato do aprisionamento de mulheres tem como consequência problemas sociais, pois encarcerá-las, alcança para além delas, reflete na sua prole ferindo os direitos das crianças consagrados na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

À vista dessa situação, o Código de Processo Penal ampliou as modalidades de prisão domiciliar às mães de crianças até 12 anos incompletos desde que observados alguns requisitos legais previstos nos artigos 318, 318-A, 318-B e 319. Contudo, a previsão legal não bastou à sua concretização. Daí a importância da decisão do STF no *habeas corpus* coletivo

nº 143.641-SP/STF que buscou pacificar as interpretações dissonantes quanto a aplicação da prisão domiciliar.

É nessa conjuntura que se desenvolverá a presente dissertação, a qual objetivará aferir quais os argumentos usados e qual é o sujeito de direito levado em consideração para fundamentar a concessão da ordem.

Para tanto, o estudo terá como objeto a decisão cautelar da 2º turma do STF proferida no *habeas corpus* coletivo nº 143-641-SP que tem como paciente todas as mulheres mães ou gestantes sob prisão provisória no sistema carcerário brasileiro e tem como autoridade coatora todos os juízes estaduais e federais que compõe o sistema de justiça brasileiro.

Para responder os objetivos postos, se fará necessário traçar reflexões com base nos preceitos legais, em pesquisa bibliográfica e na decisão cautelar do STF. Cabe, ressaltar que a dissertação buscará compreender os argumentos usados pelos Ministros na construção de seus votos tendo como foco principal detectar quem é o sujeito de direito reconhecido para a concessão da ordem. Isto posto, a presente dissertação será organizada em três capítulos.

Em um primeiro momento far-se-á uma contextualização do quadro de mulheres presas entre 2016 a 2018. Na sequência será tecido o perfil de mulheres no sistema carcerário brasileiro a partir de questões históricas e sociais fundamentadas nas problemáticas de raça (em seu aspecto sociológico). Tais reflexões viabilizará entender as interseções de violências que as perpassam e interferem no acesso à justiça tanto das mulheres como das crianças envolvidas. Por fim, será verificada a importância do *habeas corpus* na sua forma coletiva à promoção de Direitos, tanto das mães como das crianças.

O segundo capítulo se dedicará a analisar a petição inicial levada ao STF na qual buscará verificar quem são os sujeitos envolvidos, quais os pontos trabalhados, os pedidos formulados, os fundamentos usados buscando, em todos esses questionamentos, identificar a quem se reclama direitos nesta ação.

No terceiro capítulo, se examinará e se discutirá os argumentos apresentados pelos Ministros nos seus votos, bem como, se buscará depreender quem é o sujeito de direito levado em consideração para a concessão da ordem.

O trabalho será desenvolvido por meio do método hipotético-dedutivo com base em pesquisa bibliográfica e documental. Quanto à linha de pesquisa, o trabalho se insere na linha 1: Justiça e o Paradigma da Eficiência que estuda a sustentabilidade do Sistema de Justiça, sob o paradigma da eficiência, especialmente no que diz respeito a Atividade Judicial.

Observa-se que este estudo se adere ao proposto pela linha de pesquisa, uma vez que a dissertação buscará expor as peculiaridades que perpassam a atividade judicial na pacificação de conflitos sociais, a partir do *habeas corpus* coletivo nº 143.641-SP/STF de 2018 o que viabilizará a construção de caminhos à pacificação social. O estudo se instalará em contexto de complexidades e desafios que se impõe ao Poder Judiciário na Pós-Modernidade. Neste cenário, refletirá a postura institucional da Corte, e valores como segurança jurídica e acesso à justiça na contemporaneidade.

## 1 – CAPÍTULO – O QUADRO DE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL

Mudanças econômicas, político-ideológicas no sistema capitalista cumulado com mudanças alcançadas pelo movimento de mulheres têm impulsionado uma expansão no sistema prisional, o que impacta especialmente as mulheres, uma vez que essas constituem o segmento que mais cresce no sistema penal brasileiro.

Esse segmento é formado em mais da metade por mães em que menos de 8% dos estabelecimentos penitenciários são femininos e, quase 50% das mulheres presas não foram condenadas, ou seja, são presas provisórias<sup>1</sup>.

Neste ínterim, o super encarceramento de mulheres enseja diversas violações de direitos, pois essas se dirigem tanto às mulheres quanto às crianças. Tal fato forçou mudanças por parte do Estado, as quais se apresentam por meio da possibilidade de aplicação da prisão domiciliar às mulheres mães de crianças até 12 anos incompletos ou gestantes, previstas no artigo 318 IV e V do Código de Processo Penal.

Todavia, a criação da norma não se fez suficiente à concretização deste direito<sup>2</sup>.

Daí a importância de entender quem são essas mulheres presas e em que contexto histórico estão inseridas com a finalidade de entender quais amarras históricas as impedem de ter acesso a direitos. Destaca-se que tal reconstrução histórica viabilizará compreender o papel do *habeas corpus* coletivo para a concretização de direitos.

Para tanto, se procederá a compreensão do quadro de mulheres encarceradas com a finalidade de situar as razões de modificação da legislação. Na sequência compreender-se-á qual o perfil de mulheres detectadas pelo sistema de justiça e, a partir deste perfil é tecido considerações históricas que viabilizam compreender o acesso a direitos dessa população e a importância do *habeas corpus* coletivo para a concretização de Direitos.

---

<sup>1</sup>BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da.

<sup>2</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 64.

## 1.1. ANÁLISE DE DADOS DE MULHERES PRESAS ENTRE 2000 A 2018

De acordo com Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, até junho de 2016 o panorama da população prisional feminina era de 42.355 mil mulheres espalhadas pelo Brasil<sup>34</sup>. Este número representa um aumento de 656% se comparado com os dados referentes aos anos 2000 a 2016<sup>5</sup>. Contudo, a quantidade de mulheres privadas de liberdade varia significativamente entre as Unidades da Federação. É exemplo do exposto o Estado de São Paulo que concentra 36% de toda a população prisional feminina do país, com 15.104 mulheres presas. Os Estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro, juntos, somam um percentual de 20% de toda população prisional feminina. As outras 44% de mulheres presas estão distribuídas pelos 26 entes federados e Distrito Federal<sup>6</sup>.

Em âmbito mundial, segundo pesquisa realizada pelo *institute for Crime & justice pollicy research* da universidade *Birkbeck of London*, a população prisional feminina foi registrada até 2015 em 700.000. Destaca-se que este Instituto de pesquisa vem acompanhando o crescimento da população prisional feminina no mundo desde os anos 2000 e alertou que essa vem crescendo em proporção maior que a masculina, registrando incremento de 50% nos últimos anos e aumento na maioria dos países do mundo. O estudo aponta que o Brasil ocupa a quinta posição mundial entre os países com a maior população de mulheres encarceradas, atrás dos Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia <sup>7</sup>.

No Brasil, de modo geral, o aumento da população carcerário se concentra especialmente em tipos criminais específicos do qual pode decorrer variações de sexo. Segundo dados do INFOPEM a população masculina carcerária majoritariamente responde

---

<sup>3</sup> Este número fora levantado a partir de informações fornecidas pelas unidades prisionais dos Estados Federados e, apesar de em levantamento inicial pelo INFOPEM ter sido listado 1.460 unidades em funcionamento até 30/06/2016, apenas, 1.429 unidades prisionais finalizaram o preenchimento de formulários fornecidos pelo INFOPEM e 7 foram excluídas da análise. Assim, o estudo foi formulado a partir das informações prestadas por 1.418 unidades (INFOPEM MULHERES, 2017, p. 10).

<sup>4</sup>BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEM Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017, p. 10-11.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> WORLD PRISON BRIEF. **World Female Imprisonment List. third edition. Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners Roy Walmsley More than 700,000 women and girls are in prison around the world, new report shows.** World Female Imprisonment List (third edition). 2015, p. 13.

por crime contra o patrimônio e tráfico de drogas, enquanto a população feminina se concentra no crime de tráfico de drogas<sup>8</sup>.

Neste cenário, verifica-se que o crime de tráfico de drogas é o que tem maior contingente de presos no sistema penitenciário brasileiro. A este respeito, estudos apontam que, especialmente no Brasil, o aumento da população carcerária está fundamentada em três pressupostos.

O primeiro diz respeito a política de guerras às drogas que teve início nos Estados Unidos ao adotar o proibicionismo de uso e a venda de psicoativos e também pela implementação da política da Lei Seca, entre 1919 e 1933<sup>9</sup>.

Na sequência, foram realizadas diversas sessões e convenções promovidas pelas Nações Unidas. Tais acordos internacionais, cada vez mais se aproximavam de declarações de guerra contra as drogas estabelecendo uma política internacional. Segundo Carvalho<sup>10</sup> este processo de transnacionalização e globalização do controle sobre as drogas pouco a pouco, atingiu seu ápice em 1988, quando foi aprovada a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas<sup>11</sup> a qual pretendeu fortalecer as ações para combater as organizações de traficantes, por meio da ampliação das hipóteses de extradição, de cooperação internacional e do confisco de ativos financeiros dos traficantes, unificando e reforçando os instrumentos legais já existentes<sup>12</sup>.

Especificamente sobre a questão criminal, a Convenção de 1988 obriga os Estados signatários a adotarem as medidas que sejam necessárias para tipificar como crime, em suas leis internas, todas as atividades ligadas à produção, venda, transporte e distribuição das substâncias incluídas nas listas das Convenções de 1961 e 1971 (artigo 3, item 1).

Segundo Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues a legislação brasileira de drogas sofre direta influência das Convenções das Nações Unidas o que pode ser extraído da forte marca proibicionista, que estabelece como padrão à resposta repressiva ao problema das

---

<sup>8</sup> BRASIL. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias** - INFOPEN - dezembro de 2015 / org. Thandara Santos; Col. Marlene Inês da Rosa...[et al.] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 42-58.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo, 2006b, p. 50.

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p 10.

<sup>11</sup> Essa Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

<sup>12</sup> Op. Cit. p 41.

drogas, tanto para usuários como para os traficantes<sup>13</sup>.

Em harmonia com o exposto, estudo realizado pelo *institute for Crime & justice pollicy research* da universidade *Birkbeck of London* ao referir as proporções de detenções, antes da decretação de sentença verificou que países como Índia, Quênia e Brasil são os países com maior população carcerária, antes do sentenciamento. A pesquisa destaca que o aumento do encarceramento está atrelado a falta de recursos e a política de guerra às drogas. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho:

*India has by far the highest proportion of its prison population in pre-trial detention of all the ten countries: 68% are 'under-trials', comprising a total of 293,058 prisoners. In line with its position as the world's number one incarcerator, the USA has the greatest overall number of pre-trial detainees, 434,600, although this represents a relatively low proportion of its total prison population (20%). In the case of India and Kenya, inefficient and under-resourced court systems are the principal reason for the high percentage of pre-trial detainees; in Brazil, this is also a problem but so, too, is the country's draconian policy of automatically remanding in custody people arrested for a range of commonly charged drugs offences*<sup>14</sup>.

Verifica-se que a política de guerras às drogas gerou importante impulso no aumento do encarceramento no mundo, especialmente no Brasil o que pode ser aferido em razão do boom no sistema carcerário em 2006 por forte influência da lei de drogas nº 11.343/2006 cumulado com a lei 8.072/1990 ao equiparar o tráfico de drogas a crime hediondo vedando a progressão de regime entre outros benefícios e aumentando o prazo para o livramento condicional. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues assevera que este cenário legal impactou fortemente o sistema penitenciário.<sup>15</sup>

Assim, apesar do mercado de drogas ser uma das práticas mais rentáveis mundialmente, que por si só seria capaz de fomentar o aumento de praticantes, considera-se que penas rigorosas dirigidas a sua repressão somado a um sistema internacional que declara a

<sup>13</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas.** in: Drogas: uma nova perspectiva. / Clécio Lemos; Cristiano Avila Marona; Jorge Quintas. São Paulo : IBCCRIM, 2014, p.84.

<sup>14</sup> A Índia tem, de longe, a maior proporção de sua população prisional em prisão preventiva em todos os dez países: 68% estão em fase de julgamento, compreendendo um total de 293.058 prisioneiros. De acordo com sua posição como número um do mundo encarcerador, os EUA têm o maior número geral de detidos antes do julgamento, 434.600, embora isso represente uma proporção relativamente baixa de sua população prisional total (20%). No caso da Índia e do Quênia, sistemas judiciais ineficientes e com poucos recursos são a principal razão para a alta porcentagem de detidos antes do julgamento; **no Brasil, isso também é um problema, mas também é a política draconiana do país de prender automaticamente pessoas sob custódia presas por uma série de delitos comuns de drogas.** (Tradução nossa).

WORLD PRISON BRIEF. **Pre-Trial Detention and its over-use.** Catherine Heard and Helen Fair. November 2019, p 3.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Quinze anos da Lei dos Crimes Hediondos: reflexões sobre a pena de prisão no Brasil.** Revista Ultima Ratio, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, n. 0, 2006a, p. 107-133.

guerra às drogas são importantes fatores que cooperam para o aumento do encarceramento a âmbito mundial. Portanto, a grande quantidade de aparatos normativos, para a criminalização desta prática, terá como consequência o aumento de pessoas criminalizadas em razão do maior arcabouço normativo que a ela se resguarda.

O próximo ponto crucial que influencia o aumento da população carcerária no crime de tráfico de drogas está vinculado a falta de parâmetros objetivos quanto a figura do traficante e usuário no Brasil. Considera-se que apesar do tratamento penal diferenciado conferido à figura do usuário, a imprecisão legal colabora para o encarceramento de sujeitos usuários bem como gera a imposição de altas penas e regime rigoroso a pequenos traficantes<sup>16</sup>. Dado o exposto, verifica-se a canalização de aumento de presos ao crime de tráfico de drogas.

Por fim, afinando o raciocínio para o aumento de encarceramento no mundo às mulheres, estudos apontam que as principais razões estão atreladas às estruturas hierárquicas referentes a gênero que estruturam tanto as atividades lícitas como ilícitas, as posicionando ao exercício de atividades bases no tráfico de drogas seja a âmbito nacional ou internacional<sup>17</sup>.

Neste correr, Graziela Werba e Raquel Duarte asseveram que “os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de mulas do tráfico”<sup>18</sup>, pois a estas é reservado carreiras como cúmplices, aviões, fogueteiras, mulas, buchas, ou seja, no baixo escalão do tráfico de drogas. Assim, por estarem as mulheres majoritariamente nas carreiras bases, elas serão facilmente detectadas pelo sistema criminal o qual é sistematizado internacionalmente em uma política de guerra às drogas e com alto rigor punitivo. A soma de toda essa conjuntura refletirá em maior encarceramento de mulheres a âmbito mundial.

Após essa discussão quanto às razões do aumento da população carcerária feminina a âmbito mundial, faz-se necessário analisar como os sistemas prisionais têm absorvido esta

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas.** in: Drogas: uma nova perspectiva. / Clécio Lemos; Cristiano Avila Marona; Jorge Quintas. São Paulo : IBCCRIM, 2014, p.90.

<sup>17</sup> SOARES, Barbara, M.; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 80

<sup>18</sup> WERBA, Graziela C; DUARTE, Raquel A. Esperança & CIA. **Como sobrevivem as mães apenadas.** In: coletivo Feminino Plural. Vida, saúde e sexualidade das mulheres em regime semi-aberto: a um passo da liberdade – um projeto de prevenção em DSTs/HIV/AIDS com mulheres presas. Org. Telia Negrão e Aparecida Luz Fernandes. Pref. Fátima Oliveira – Porto Alegre, 2005, p. 56.

população. No caso do Brasil, os dados do INFOPEN MULHERES apontam que não há vagas suficientes para comportá-las, pois conforme informações fornecidas pelas unidades prisionais há em todo Estado brasileiro 27.029 vagas disponibilizadas às mulheres. Portanto, diante das 42.355 mil mulheres presas, considera-se que até 2016 havia um déficit global de 15.326 vagas no sistema carcerário<sup>19</sup>.

Com a finalidade de retratar o índice de ocupação, os dados apontam que até junho de 2016 a taxa era de 156,7%, o que significa que em um espaço destinado a 10 mulheres, haviam 16<sup>20</sup>.

Apesar do déficit de vagas e estado de superlotação, a Lei de Execução Penal e diversas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, ao tratarem da matéria ocupação de vagas nos espaços prisionais, determinam que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”<sup>21</sup>.

O artigo 88 da mesma Lei determina que o condenado deve ser alojado em cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório<sup>22</sup>.

Isto posto, é importante ressaltar que o aumento da população carcerário não se deu apenas no âmbito das mulheres, mas sim no sistema prisional de forma geral. Segundo pesquisa realizada pelo *institute for crime & justice pollicy research*, até 2018, dois terços de todos os países do mundo têm sistemas prisionais superlotados. A pesquisa ainda aponta que

---

<sup>19</sup>BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN).INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias. 2ª edição.** Brasília, 2017, p. 10-11.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 35

<sup>21</sup> BRASIL. CF. **Lei De Execução Penal n° 7.210**, 1984, artigo 85, caput.

<sup>22</sup> Ibidem, **Lei De Execução Penal n° 7.210**, 1984.

essa tendência alcançou índices sem precedentes em razão do aumento do uso de prisões preventivas nomeado no estudo como Pre-Trial<sup>2324</sup>.

Ao longo desta pesquisa intitulada '*pre-trial detention and its over-use*', destaca que o número de presos em todo o mundo é crescente nas últimas décadas e, atualmente, existem quase três milhões de detidos em prisão preventiva<sup>25</sup>. Este estudo foi realizado pela Universidade *Birkbeck* e, ao descrever o número de pessoas detidas de forma preventiva nas últimas décadas em diversos países, procura compreender as causas e as consequências desse aumento em vários sistemas legais. Para tanto, o estudo teve como foco dez Cortes espalhadas no mundo e neste relatório estudou as detenções ordenadas pelos tribunais desconsiderando o número de detenções realizadas pelos policiais após a prisão antes de ter sido submetido ao respectivo tribunal<sup>26</sup>.

O estudo se concentrou em um grupo diversificado de países em cinco continentes, quais sejam: Kenya e África do Sul na África; Brasil e Estados Unidos nas Américas; Índia e Tailândia na Ásia; Inglaterra e país de Gales, Hungria e Neerlandês na Europa e Austrália na Oceania<sup>27</sup>.

Segundo o estudo, entre 2000 e 2016, o número total de pessoas em prisão preventiva aumentou em 15%. Contudo, os dados apontam que em alguns continentes e países houve

<sup>23</sup>Detido antes do julgamento: Alguém que, em razão de suposta ofensa, foi privado de sua liberdade após processo judicial ou outro processo legal, mas ainda não foi definitivamente sentenciado. A pessoa pode estar em qualquer um dos seguintes estágios:

- Estágio "pré-tribunal": a decisão foi tomada para prosseguir com o caso, e outras investigações estão em andamento ou é aguardada uma audiência;
- Estágio 'tribunal': o processo judicial (envolvendo determinação de culpa e/ou sentença) está em andamento;
- Estágio 'condenado não sentenciado': a pessoa foi condenada na corte, mas ainda não sentenciada;
- Estágio "aguardando sentença final": uma sentença provisória foi aprovada, mas a sentença definitiva está sujeita a processo de apelação.

(Nem todos os estágios acima são aplicáveis em todos os casos ou sistemas legais.)

(WORLD PRISON BRIEF, 2019, p.1, *tradução nossa*).

Original: Pre-trial detainee: Someone who, in connection with an alleged offence, has been deprived of their liberty following a judicial or other legal process, but not yet definitively sentenced. The person could be at any of the following stages:

- the 'pre-court' stage: the decision has been made to proceed with the case, and further investigations are in progress or a court hearing is awaited;
- the 'court' stage: the court process (involving determination of guilt and/or sentence) is ongoing;
- the 'convicted un-sentenced' stage: the person has been convicted at court but not yet sentenced;
- the 'awaiting final sentence' stage: a provisional sentence has been passed, but the definitive sentence is subject to an appeal process.

(Not all of the above stages are applicable in every case or every legal system.)

<sup>24</sup> WORLD PRISON BRIEF. **Pre-Trial Detention and its over-use.** Catherine Heard and Helen Fair. November 2019, p. 2.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 2-3

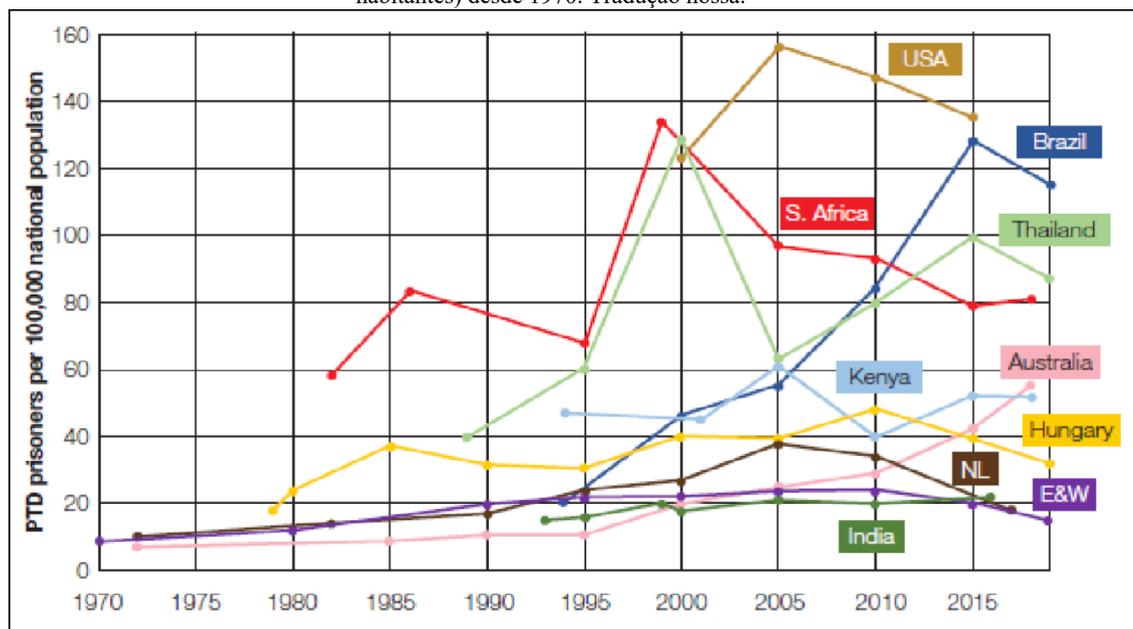
<sup>26</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 1-2

larga escala de prisões antes da condenação como a Oceania em que a população total de detentos antes do julgamento aumentou mais de 175%. Especificamente na Austrália e, na Nova Zelândia praticamente triplicou. Nas Américas, a população detida antes do julgamento cresceu mais de 60% e, os números excederam o dobro no Brasil, Peru e Venezuela. A população total de pessoas detidas sem condenação aumentou na Ásia em mais de 34%, triplicou na Indonésia e, dobrou nas Filipinas<sup>28</sup>.

Em gráfico elaborado pela pesquisa intitulada *'pre-trial detention and its over-use'*, levando em consideração o número de detidos antes do julgamento, a cada 100.000 habitantes desde 1970 a 2015, demonstra que houve aumento do uso de prisões antes do julgamento na maioria dos dez países. A partir deste critério, a pesquisa aponta que o Brasil e a Austrália foram os países que mais aumentaram no uso e aplicação de prisões antes do julgamento<sup>29</sup>. Como forma de evidenciar o exposto, segue gráfico.

Figura 1: Mudança na taxa de detenção antes do julgamento (número de pessoas mantidas antes do julgamento por 100.000 habitantes) desde 1970. Tradução nossa.



Fonte: WORLD PRISON BRIEF, 2019, p. 4.

Quanto ao número de mulheres presas sem condenação no Brasil, tem-se que 45% delas não foram julgadas ou condenadas até junho de 2016. É importante destacar que na primeira edição do INFOPEN MULHERES do ano de 2014, registrou-se que 30,1% das

<sup>28</sup> WORLD PRISON BRIEF. *Pre-Trial Detention and its over-use*. Catherine Heard and Helen Fair. November 2019, p. 2.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 4.

mulheres encarceradas não tinham condenação<sup>30</sup>, ou seja, houve um aumento de 15% em dois anos de mulheres presas sem condenação no Brasil. É importante destacar que esses dados podem ter percentual maior, porque desconsidera mulheres em carceragens e delegacias<sup>31</sup>.

Observa-se que a distribuição prisional feminina sem condenação é diversa em cada Estado Federado. Segundo dados, o Estado do Amazonas tem 81% de sua população carcerária feminina sem condenação, enquanto o Estado do Paraná tem 46% da população feminina cumprindo pena em regime aberto. Ou seja, a realidade nas penitenciárias brasileiras é divergente entre os Estados brasileiros<sup>32</sup>.

Com a finalidade de entender melhor essa realidade, volta-se a atenção à porcentagem de mulheres presas sem condenação por Estado Federado. A partir desta análise detecta-se que três Estados<sup>33</sup> tem de 10% a 30% do seu contingente de mulheres presas sem condenação. Três Estados<sup>34</sup> tem de 31% a 40% de seu contingente de mulheres presas sem condenação. E vinte Estados<sup>35</sup> tem de 41% a 81% de seu contingente de mulheres presas sem condenação<sup>36</sup>.

Nesse cenário de dados, apesar da diversidade, pode-se considerar que a maioria dos presídios brasileiros têm altos índices de encarceramento de mulheres sem condenação. A este respeito, o estudo realizado pela universidade de *Birkbeck* aponta que o uso excessivo da prisão antes do julgamento traz como consequência o aumento de prática de maus tratos nos espaços prisionais, tortura e condições de tratamento desumano, priva as pessoas do direito ao trabalho e da vida familiar, fere a presunção de inocência bem como o direito à liberdade antes da certeza da culpa<sup>37</sup>. No caso de mulheres gestantes e mães a problemática ganha especial relevância, uma vez que interfere nas reais possibilidades de uma gestação digna e, também no direito da criança a primeira infância.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **INFOPEN MULHERES. Levantamento nacional de informações penitenciárias. 2014**, p. 65.

<sup>31</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **INFOPEN MULHERES. Levantamento nacional de informações penitenciárias.** INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização de junho de 2017, p. 19.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 19-20.

<sup>33</sup> AP, PR, RN.

<sup>34</sup> DF, RO, SC.

<sup>35</sup> AC 46%, AL 47%, AM 81%, BA 71%, CE 67%, ES 43%, GO 49%, MA 43%, MG 56%, MS 41%, MT 54%, PA 62%, PB 47%, PE 56%, PI 62%, RJ 45%, RR 48%, SE 79%, SP 41%, TO 49%.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 20

<sup>37</sup> WORLD PRISON BRIEF. **Pre-Trial Detention and its over-use.** Catherine Heard and Helen Fair. November 2019, p. 7.

Sob uma perspectiva econômica o estudo supramencionado aponta que manter as pessoas sob custódia antes do julgamento, acarreta custos adicionais significativos em comparação com medidas menos restritivas. Segundo os dados os custos são diretos e indiretos. O principal custo é o direto, que decorre do próprio encarceramento, pois é mais alto do que as medidas alternativas à prisão. Na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, a prisão custa cerca de 90 libras por dia, enquanto os custos de monitoramento eletrônico custam em torno de £ 13 por dia<sup>38</sup>.

No Brasil o sistema de monitoramento fora implementado em 25 unidades da Federação, apenas o Estado do Amapá não havia implementado e o Estado de São Paulo teve os serviços suspensos, ambos até 2017<sup>39</sup>. Apesar da maioria dos Estados terem essa tecnologia implantada, em 2017 havia um total de 51.515 mil pessoas monitoradas em todo o Brasil, sendo que a capacidade contratual de pessoas para serem monitoradas era de 111.815<sup>40</sup>. O relatório ainda aponta que das 25 entidades federativas que tinham capacidade contratual para monitorar, 20 dessas não utilizaram 100% de sua capacidade prevista<sup>41</sup>.

No que diz respeito ao tipo de tecnologia utilizada tem-se que o Brasil “utiliza tecnologia GPS (posicionamento global por satélite), que permite identificar de forma praticamente ininterrupta e em tempo real a localização das pessoas monitoradas por coordenadas geográficas”<sup>42</sup>.

Relativamente aos custos decorrentes do uso de medidas de monitoramento no Brasil, a pesquisa conseguiu aferir valores médios mensais que dizem respeito ao aluguel do equipamento de monitoração eletrônica por pessoa em todos Estados Federados, com exceção de Paraíba e Tocantins que não compartilharam dados. Os valores variam de R\$ 148,00 a R\$ 485,00<sup>4344</sup>.

Com a finalidade de viabilizar uma comparação de gastos, segundo estudo realizado na Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário de 2009, os custos com presos

---

<sup>38</sup> LONDON. HOUSE OF COMMONS COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, 2018, p. 8

<sup>39</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). PIMENTA, Izabella Lacerda. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Ministério da Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional Governo Federal, 2018, p, 53-54

<sup>40</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>43</sup>O diagnóstico realizado não inclui os gastos com pessoal, aluguel de espaço físico, água e luz.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 72.

mensais variam em cada unidade federativa e vão de R\$ 800,00 (oitocentos reais por mês) a 1.800,00 (mil e oitocentos reais por mês)<sup>45</sup>.

Isto posto, segundo entrevista com o diretor-geral do Depen em 2008, Tácio Muzzi, ressalta que “a adoção da monitoração eletrônica é mais econômica, uma vez que o seu custo pode ser até dez vezes menor que manter a pessoa encarcerada”<sup>46</sup>.

Também existem despesas indiretas, pois com o encarceramento da pessoa, essa deixa de prover sustento para seus dependentes o que traz custos adicionais para o Estado<sup>47</sup>. Em estudo realizado pela universidade de *Birkbeck* foi apontado como aspecto negativo, decorrentes da aplicação de medidas preventivas, a posterior dificuldade de obtenção de emprego formal após a liberação, mesmo quando absolvido<sup>48</sup>.

É importante observar que estas questões já vêm sendo debatidas mundialmente e, em 2015, em reconhecimento aos efeitos nocivos da prisão preventiva, comunidades e governos de 193 países se comprometeram com a Agenda de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas para o período até 2030. Pela primeira vez, dentre as metas incluídas, destaca-se a relativa à igualdade de acesso à justiça e o compromisso com o Estado de Direito: a meta 16 exige que os estados: “promovam sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, forneçam acesso à justiça para todos e construam instituições efetivas, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”<sup>49</sup>. Um dos indicadores do progresso dos Estados em direção a essa meta está relacionado à proporção de detidos não sentenciados na população carcerária de um país.

Destaca-se que é importante pautar algumas das características da prisão preventiva e de seu cabimento com a finalidade de depreender seus objetivos. A este respeito, Vicente Greco Filho assevera que a prisão preventiva, como modalidade de prisão processual, tem

---

<sup>45</sup>BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados - Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. Série ação parlamentar n. 384, 2009, p. 101-178.

<sup>46</sup>BRASIL. Câmara Dos Deputados – NOTÍCIAS. **Preso brasileiro custa de R\$ 1,3 mil a R\$ 1,6 mil por mês.** 24/06/2008.

<sup>47</sup>MUNTINGH L, REDPATH J. **The socio-economic impact of pre-trial detention in Kenya, Mozambique and Zambia.** Dullah Omar Institute at the University of the Western and Open Society Initiative for Southern Africa (OSISA). 2016, p. 2.

<sup>48</sup>WORLD PRISON BRIEF. **Pre-Trial Detention and its over-use.** Catherine Heard and Helen Fair. November 2019, p. 8.

<sup>49</sup>BRASIL. ONU – Organização das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2015 p. 29.

como finalidade a proteção da ordem econômica, da instrução processual e assegurar a execução da pena<sup>50</sup>.

O autor aponta que a aplicação da prisão domiciliar tem lugar diante da:

necessidade de resposta ao crime que atentem contra a ordem social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra crianças indefesas como crianças e idosos, os praticados com requinte de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causa justa revolta social e que por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade. Caberá ao juiz distinguir as situações<sup>51</sup>.

Guilherme de Souza Nucci complementa o exposto apontando que a aplicação da medida é necessária quando há indícios suficientes de autoria, quando se visa garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução penal e a garantia da aplicação da lei<sup>52</sup>.

Seguindo na análise de dados, contudo, a partir da estrutura dos cárceres, o parâmetro será a própria lei e o conjunto de direitos reconhecidos à essa população. A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 5º, inciso L, que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, no mesmo artigo, inciso XLVIII, a Constituição estabelece que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”<sup>53</sup>.

No âmbito infraconstitucional, o Código Penal, no artigo 37 reafirma o exposto ao dispor que: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal (...)”<sup>54</sup>. Ainda, a Lei de Execução Penal – LEP, prevê que “a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”<sup>55</sup>.

Contudo, conforme dados, a maior parte dos estabelecimentos penais foram projetados ao público masculino, sendo que 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem

---

<sup>50</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual De Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>51</sup> Idem

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme, de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 12º Ed. Revista Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 552.

<sup>53</sup> BRASIL. **CRFB, 1988**.

<sup>54</sup> BRASIL. **Código Penal. Decreto Lei nº . 2.848**. 1940, artigo 37.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei De Execução Penal nº 7.210**. 1984, artigo. 82, §1º.

contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino<sup>56</sup>.

Ante a inadequação dos espaços, os Estados têm procedido adaptações para atender às mulheres. Contudo, segundo resultados obtidos na pesquisa do INFOPEN, estes se apresentam incapazes de observar as especificidades de serviços destinados às elas como aleitamento, espaços para às crianças e custódia de gestantes, bem como, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher<sup>57</sup>.

Conforme artigo 41 inciso X da Lei de Execução Penal, é direito do preso receber visitas. Mas, para que esse direito seja concretizado é necessário que as unidades prisionais tenham ambientes destinados à sua realização. No contexto de mulheres em cárcere, esse direito ganha especial relevância, pois viabiliza que os filhos que foram separados das mães as visitem. Contudo, segundo dados, a distribuição destes ambientes entre as unidades prisionais em estabelecimentos femininos e mistos é baixa.

A partir de dados do INFOPEN, verificou-se que 1 em cada 2 unidades femininas não contam com esses espaços de visita e, no caso das unidades mistas, 3 a cada 10 estabelecimentos contam com infraestrutura adequada ao exercício do direito à visita social da pessoa presa<sup>58</sup>.

Seguindo a análise da estrutura dos cárceres às mulheres, tendo como norte os direitos previstos na Constituição e na Lei de Execução Penal, observa-se que o artigo 89º dispõe que as penitenciárias femininas serão dotadas de “seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança”<sup>59</sup>.

De acordo com pesquisas, 55 unidades das 1.418 estudadas declararam apresentar cela ou dormitório para gestantes o que representa 16% das unidades prisionais. Até junho de 2016 havia 536 mulheres gestantes e 350 lactantes e metade dessas estavam em celas adaptadas para gestantes. No que diz respeito ao espaço adequado às mulheres privadas de liberdade para que fiquem com seu filho no período de amamentação, conforme dados, 14% de todas

---

<sup>56</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública. **INFOPEN** Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017, p. 23.

<sup>57</sup> Idem

<sup>58</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>59</sup> BRASIL. **Lei De Execução Penal nº 7.210**. 1984, artigo. 82, §1º.

unidades femininas e mistas contavam com berçário ou centro de referência materno o que soma um total de 467 vagas nas unidades prisionais para crianças até 2 anos<sup>60</sup>. Algumas penitenciárias contam com creches o que corresponde a 3% de todas as unidades prisionais femininas ou mistas<sup>61</sup>.

De acordo com informações do INFOPEN das 42 mil mulheres em cárcere, 33.861 foram presas pelo crime de tráfico de drogas, o que corresponde a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016. A partir destes resultados é possível aferir que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico de drogas<sup>62</sup>.

Compreender a natureza dos crimes pelos quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou ainda aguardam julgamento viabilizará formular análises acerca dos fluxos do sistema de justiça criminal. Entrementes, a partir dos dados percebem-se que as mulheres são encarceradas majoritariamente por crimes praticados sem violência, crimes contra o patrimônio e crimes ligados ao tráfico de drogas, que é o tipo penal que mais conta com registros de mulheres privadas de liberdade. Deste quadro, é possível detectar padrões de seletividade. Neste sentido o relatório do Departamento Penitenciário Nacional aponta que:

A seletividade penal pode ser compreendida a partir da baixa participação de outros tipos penais na distribuição total de incidências, o que indica que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão a determinados tipos de crimes (a saber: crimes patrimoniais e crimes ligados ao tráfico de drogas) e ao encarceramento de determinados grupos sociais, como foi demonstrado ao longo de toda a seção dedicada ao perfil da população prisional neste relatório, em detrimento de outros tipos penais e grupos sociais envolvidos em delitos<sup>63</sup>.

Alicerçada neste trecho, que trabalha a seletividade penal, é importante pautar que tais ideias foram construídas a partir de uma perspectiva teórica da criminologia crítica, a qual segundo Olga Espinoza é uma escola que tem como “objetivo não mais de conhecer as causas da criminalidade, mas sim as suas condições e processos de criminalização, as normas sociais e jurídicas, a ação das instâncias oficiais e os mecanismos sociais por meio dos quais se definem comportamentos específicos”<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup>BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública. **INFOPEN Atualização** - Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017, p. 23.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 33

<sup>62</sup> Ibidem, p. 54

<sup>63</sup> Ibidem, p. 53

<sup>64</sup> ESPINOZA, Olga, M. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.p. 69.

A partir desse olhar, novos estudos criminológicos ganharam força, com diversas teorias e propostas alternativas. Dentre elas frisa-se o paradigma do *Labelling Approach* e seu viés de ‘seleção’ de indivíduos e condutas que passou a ser estudado em 1960<sup>65</sup>.

Acerca da *Labelling Approach*, Howard Becker destaca que se trata de comportamento criminoso como qualidade atribuída por agências de controle social mediante aplicação de regras e sanções, enquanto criminoso seria o sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso<sup>66</sup>.

A partir deste trecho percebe-se que o autor aponta que nem todos que aderem a comportamentos criminosos hão de ser considerados criminosos, pois somente será criminoso aquele que se aplica com sucesso o rótulo de criminoso e, sobre estes recaem a atividade seletiva dos agentes dos órgãos de segurança pública. Essas formas de seleção podem ocorrer de diversas maneiras, podendo ser “étnicas, econômicas, culturais e também por meio de intersecções resultantes de gênero” o que é corroborado “quando se observa o aumento do encarceramento de mulheres em razão da prática do delito de tráfico de drogas”<sup>67</sup>.

Segundo pesquisa, não são todas as mulheres atingidas pela seletividade penal, mas:

algumas mulheres em detrimento de outras, atribuindo-lhes valor conforme a sua classe social, raça, ou outras categorias hierarquizantes e que contribuem para que haja a seletividade imposta pelo sistema penal, sendo que na América Latina tais mulheres, regra geral, possuem características semelhantes, quais sejam, baixo nível educacional, vivem em condições de pobreza e pertencem a grupos minoritários<sup>68</sup>.

Retomando a atenção à estrutura do sistema prisional às mulheres, levantamento do INFOPEN também explorou questões acerca da concretização do direito à saúde e educação nos cárceres.

Conforme estabelecido pela Lei de Execução Penal, o direito a saúde é direito de todas às pessoas privadas de liberdade o acesso à saúde integral garantido pelo Estado, na forma de atendimento médico, farmacêutico e odontológico. A garantia de tal direito é preconizada pelo artigo 3º da LEP, que o estende aos condenados e internados<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 87

<sup>66</sup> BECKER, Howard, S. **Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance**. New York, Free Press, 1963. pp. 8-9

<sup>67</sup> LIMA, Fernanda da Silva; MIRANDA, Carlos Diego Apoitia. Encarceramento feminino na América Latina e a política de guerra às drogas: seletividade, discriminação e outros rótulos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE) 2019a, p. 446-474.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 449

<sup>69</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1940**. Artigo 3º.

Ainda segundo a LEP, os estabelecimentos penais devem ser aparelhados para o oferecimento de atenção básica de saúde a todos os custodiados bem como quando inexistir estrutura adequada ao atendimento, este deve ser prestado nos demais equipamentos de saúde pública da localidade, mediante autorização expressa pela direção do estabelecimento penal<sup>70</sup>.

Segundo os dados fornecidos pelas instituições penais, 84% das mulheres privadas de liberdade em junho de 2016 se encontram custodiadas em unidades prisionais que contam com módulo de saúde. Apesar do alto percentual nacional, os dados podem esconder uma realidade de precariedade porque a porcentagem de unidades prisionais com módulos de saúde muda em cada Estado. Conforme dados, oito Estados<sup>71</sup> tem 100% de suas unidades com módulos de saúde, nove Estados<sup>72</sup> tem de 80% a 99% de suas unidades prisionais com módulo de saúde, seis Estados<sup>73</sup> tem de 50% a 79% das suas unidades prisionais com módulo de saúde e, 1% a 49% de quatro Estados<sup>74</sup> tem módulos de saúde, sendo que o Estado do Rio de Janeiro tem 1% dos espaços prisionais com módulo de saúde e o Acre 22%<sup>75</sup>.

Portanto, cerca de 70% das mulheres presas nestes dois Estado estão sujeitas a discricionariedade da direção do estabelecimento para que obtenham autorização de saída e acesso à saúde básica, além de estarem sujeitas às dificuldades logísticas de movimentação da população prisional pelos órgãos estaduais para que acessem os equipamentos públicos de saúde. É exemplo, questões relacionadas à escolta a qual quando ausente, inviabiliza a concretização do direito à saúde.

Outra questão importante a ser abordada, é que, como condicionante à concretização do direito à saúde é necessário o profissional da saúde. Contudo, o INFOPEN MULHERES não traz informações quanto à quantidade de profissionais para a realização dos atendimentos. Como forma de suprir essa ausência de informação, o relatório realizado por pesquisadores afirma que “especificamente nas unidades femininas encontraram maiores violações no que

---

<sup>70</sup> Idem

<sup>71</sup> AP, BA, DF, ES, SP, RO, SC, SE.

<sup>72</sup> AM 98%, MA 95%, MG 99%, PA 99%, PB 93%, PE 94%, PI 87%, RN 98%, RS 80%.

<sup>73</sup> AL 59%, CE 72%, GO 60%, MS 74%, MT 68%, RO 74%.

<sup>74</sup> AC 22%, PR 43%, RJ 1%, TO 46%.

<sup>75</sup> Op. cit. p. 60.

tange ao exercício de direitos de forma geral, e em especial dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como de acesso à saúde especializada, como ginecologistas”<sup>76</sup>.

Tais situações geram riscos de morte tanto para a criança como para a mãe o que é corroborado nos dados do INFOPEN MULHERES ao apontar que entre a população prisional feminina, há taxa global de 31,0 pessoas portadoras do vírus HIV<sup>77</sup> para cada grupo de mil mulheres privadas de liberdade. Em relação à sífilis, identificaram 27,7 mulheres portadoras da doença em cada grupo de mil<sup>78</sup>.

No tocante ao suicídio, dados permitem estimar que as chances de uma mulher se suicidar são até 20 vezes maiores entre a população prisional, quando comparada à população brasileira total, na qual foram registrados 2,3 suicídios para cada grupo de 100 mil mulheres em 2015, enquanto entre a população prisional foram registradas 48,2 mortes autoprovocadas para cada 100 mil mulheres<sup>79</sup>.

Há várias evidências que indicam uma considerável prevalência de transtornos mentais entre indivíduos encarcerados. Kathleen Jordan <sup>80</sup> sugere que de um terço a metade da população carcerária feminina britânica apresentam algum tipo de transtorno mental. Teplin <sup>81</sup> realizou uma série de estudos sobre a prevalência de transtornos mentais graves em homens e mulheres presos na cidade de Chicago (EUA). Quando em comparação com os dados de saúde mental da população geral, a população carcerária apresentava taxas de transtornos mentais três a quatro vezes superiores às da população geral, entretanto as prevalências são ainda mais altas quando se consideram apenas as mulheres presas. Os transtornos mentais mais encontrados foram depressão, abuso de substâncias psicoativas e transtorno de estresse pós-traumático. Aproximadamente 81% das mulheres presas em Chicago apresentaram ao

---

<sup>76</sup> IPEA. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.** Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015. p. 17.

<sup>77</sup> A aids é a doença causada pela infecção do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV é a sigla em inglês). Disponível em < <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv>>. Acesso em 20/12/2019.

<sup>78</sup> Op. cit. p. 63-66.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 66

<sup>80</sup> JORDAN, Kathleen; SCHLENGER WE, FAIRBANK A, CADDELL JA. **Prevalence of psychiatric disorders among incarcerated women.** *Arch Gen Psychiatry*, 53: 513-9, 1996, p. 515.

<sup>81</sup> TEPLIN L A, ABRAM K M, McClelland G M: **Prevalence of psychiatric disorders among incarcerated women: I. pretrial jail detainees.** *Arch Gen Psychiatry* 53:505–12, 1996, p. 509.

menos um transtorno psiquiátrico ao longo da vida, de acordo com os critérios diagnósticos da terceira revisão do *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-III)<sup>82</sup>.

Diante da análise referente ao quadro de mulheres presas de 2000 a 2018, que perfilhou compreender o quadro de encarceramento bem como a estrutura física destes estabelecimentos em contraste com a respectiva legislação, o questionamento que se apresenta na sequência, e conduz o desenvolvimento do presente estudo, diz respeito a compreender quem são os sujeitos de direitos envolvidos quando se encarcera mulheres. A finalidade é verificar as teias que enredam o acesso a direitos dessa população, assim como, situar a importância do *habeas corpus* coletivo para a concretização de Direitos de mães e crianças em estado de cárcere.

## 1.2. QUEM SÃO OS SUJEITOS ENVOLVIDOS NO CENÁRIO DE APRISIONAMENTO DE MULHERES?

A maternidade digna no cárcere é um direito garantido tanto em tratados Internacionais como na Constituição que dispõe no artigo 6º que “**são direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância** (...)”<sup>83</sup>. A Lei de Execução Penal dispõe nos artigos 14, 83, 89 sobre assistência à saúde e locais adequados à condição de gestante, mãe ou lactante<sup>84</sup>. As Regras de Bangkok dispõe sobre o tratamento de mulheres presas e a preferência em aplicação de medidas não privativas de liberdade com a finalidade de resguardar o direito à maternidade digna, bem como, o direito a primeira infância<sup>85</sup>.

Apesar do conjunto normativo apresentado, dados e pesquisa de campo realizada em presídios femininos apontam para uma desarmonia entre a realidade carcerária e a respectiva legislação<sup>86</sup>. Contudo, o conjunto normativo é importante instrumento à garantia de direitos,

---

<sup>82</sup> Intitulado no Brasil como Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais publicado pela American Psychiatric Association em 1980. Tal manual se serve a classificar transtornos mentais por meio de linguagem comum e critérios padrões (*AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION*, 2020).

<sup>83</sup> BRASIL. **CRFB**, 1988. Grifo nosso.

<sup>84</sup> BRASIL. **Lei De Execução Penal nº 7.210. 1984**, artigo. 82, §1º.

<sup>85</sup> BANGKOK. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras**, 2010.

<sup>86</sup> IPEA. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015. p. 27-42.

pois as leis são estabelecidas democraticamente e “constituem proposições públicas que envolvem obrigações para com os outros e garantias pessoais contra descumprimentos”<sup>87</sup>.

O retrato atual que se tem do sistema carcerário às mulheres é de um local que possui sérias limitações, pois a maioria das instituições penitenciárias não estão adequadas às necessidades femininas. Tais condições trazem reflexos com os cuidados à saúde sexual e reprodutiva das mulheres<sup>88</sup>.

Corroboro o exposto o Livro pela liberdade, que tem como autores os sujeitos que compuseram a ação em estudo, ao destacar “no que diz respeito às mulheres grávidas, a síntese das condições a que são submetidas converte toda gestação vivida no cárcere em uma gestação de risco”. Na contramão da dignidade humana e dos direitos reconhecidos, tais locais geram a “privação de acompanhamento pré-natal regular, de acesso a exames que permitam o monitoramento do desenvolvimento fetal, a identificação, o tratamento e a prevenção da transmissão de enfermidades”<sup>89</sup>.

No cenário prisional a prestação de serviços de pré-natal e acompanhamento médico tem sua importância ampliada porque o cárcere é um “ambiente infecto, propício à transmissão de doenças e que registra incidência de HIV 138 vezes maior que a observada na população geral e, de tuberculose, 49 vezes maior”<sup>90</sup>. Por fim, os autores ressaltam que após a gestação, vem o nascimento que é permeado por:

Negligência, falta de infraestrutura e de pessoal para o amparo das gestantes em trabalho de parto (...). As equipes subdimensionadas das unidades de privação de liberdade falham no pronto socorro; as gestantes experimentam sujeição, solidão e alienação das decisões relacionadas ao parto. Como epítome da perversidade, está a reiteração dos partos desassistidos nas próprias unidades prisionais ou da sujeição ao uso de algemas e à escolta policial durante a internação hospitalar<sup>91</sup>.

Diante do quadro específico de mulheres grávidas e mães em cárcere, tem-se que a situação é agravada, pois a obstrução ao acesso a serviços legais, de saúde, social e as

---

<sup>87</sup> VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard. **Maternidade atrás das grades**: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 31(3),mar, 2015, p. 609.

<sup>88</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2017, p. 60.

<sup>89</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.p. 14.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>91</sup> Idem

degradantes condições ambientais carcerárias são “estendida aos seus filhos, reproduzindo um círculo vicioso de persistente violação de Direitos Humanos”<sup>92</sup>.

Assim, com a violação de direitos da mulher também se viola direitos das crianças. Nestes termos, destaca-se que a Constituição, em alguns artigos, a partir da figura da criança confere direitos à mulher. É exemplo do exposto o artigo 5º ao dispor que deve haver estabelecimento adequado à sua condição feminina à amamentação de seus filhos<sup>93</sup>, e convivência familiar<sup>94</sup>.

A Lei de Execução Penal estabelece a obrigatoriedade de berçário, local para amamentação, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade<sup>95</sup>. A LEP também estabelece a obrigatoriedade de local para gestante e parturiente, creche para crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos<sup>96</sup>. De igual modo, há a possibilidade legal de aplicação de regime aberto em residência particular para a condenada com filho menor ou deficiente físico/mental; ou para a condenada gestante<sup>97</sup>. A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e determina que os presídios devem ter condições adequadas ao aleitamento e convivência com a mãe presa<sup>98</sup>. Condições dignas e proteção integral à criança<sup>99</sup>. Liberdade e convivência da criança com a mãe<sup>100</sup>.

Contudo, a legislação também consagra direitos referentes à mulher gestante em estado de cárcere, por exemplo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, estabelece que o cumprimento da pena de mulheres deve se dar em estabelecimento apropriado às suas condições<sup>101</sup>. O decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 do Código de Processo Penal dispõe sobre a substituição de prisão preventiva pela domiciliar na fase processual em que não há imposição de pena ou certeza de culpa<sup>102</sup>. A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 institui a Lei de Execução Penal que dispõe sobre o direito a acompanhamento

---

<sup>92</sup> VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard. **Maternidade atrás das grades**: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 31(3):.p. 609, mar, 2015.

<sup>93</sup>BRASIL. CRFB, 1988. **artigo. 5º**. XLVIII, L.

<sup>94</sup>Ibidem, **.artigo 227**.

<sup>95</sup>Ibidem, **Lei De Execução Penal nº 7.210**. 1984, artigo. 82, §2º.

<sup>96</sup> Ibidem, artigo 89.

<sup>97</sup> Ibidem, artigo 11

<sup>98</sup>BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**, artigo 9º.

<sup>99</sup> Ibidem, artigo. 3º, 4º, 5º e 7º

<sup>100</sup> Ibidem, artigo 16 e 19.

<sup>101</sup> Ibidem, **CPB, Artigo 37**.

<sup>102</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689 de 1941**. Artigo . 318.

médico à mulher e ao recém-nascido<sup>103</sup>. Isto posto, percebe-se que tanto a criança como a mulher são sujeitos de direitos em cárcere.

No que diz respeito à aspectos práticos decorrentes do encarceramento de mulheres, segundo pesquisa de campo realizada pelas autoras Nélia Maria Portugal Flores e Luciana Najjar Smeha a entrada da mulher que é mãe no sistema carcerário brasileiro envolve uma mudança drástica na rotina, não só na vida dessas mulheres, mas também na organização do cotidiano dos filhos. A pesquisa foi realizada no presídio regional de cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul, no período entre abril a julho de 2017. O estudo teve como participantes 15 mulheres em regime fechado. As mães relataram situações que demonstram que o sistema familiar é afetado com um declínio da situação financeira, uma vez que a maioria das mulheres eram solteiras, mães e as responsáveis pela renda familiar. Aferiu-se também que com o aprisionamento das mães geram-se problemas na escolaridade dos filhos e problemas psicológicos<sup>104</sup>.

Nesse estudo, pode-se constatar que com o aprisionamento das mães, as crianças ficam aos cuidados da família extensa. Contudo, duas participantes relataram a prisão da mãe e irmãs no mesmo momento em que ocorreu a sua prisão. Diante dessa situação a criança perde mais de uma referência afetiva; ela fica sem a mãe, avó, tias, bem como evidencia uma perpetuação de violências que se reproduz na cadeia familiar como um ciclo vicioso que obstaculiza a existência de um futuro diferente, são violências que se estendem por gerações. Outra questão observada diz respeito às referências familiares, pois, com a ausência da figura materna, a criança não tem local fixo ou referências fixas diante de constante instabilidade familiar. Nesse sentido segue fala da mãe:

Primeiro, eles ficaram com a minha mãe. Depois, com a minha irmã, porque ela tinha os dela né, daí tava aquela função, os meus, tipo, os meus pequenos brigavam com os pequenos dela, e a minha guria foi pra casa de uma amiga minha. Daí lá também não deu certo, ela foi pra casa de uma comadre minha. Daí por último, ela ficou com a mulher do meu irmão, que foi até que a mãe saiu daí. E depois, a minha sogra queria ficar só com os guris, com as gurias não, daí não dá né, como é que eu ia separar eles?<sup>105</sup>.

E ela, tipo, ano passado, ela rodou, ela ficou um mês sem ir na aula, daí não tinha, tava naquela função de ter alguém pra ficar com eles, daí eles ficaram rodando de casa em casa. Daí ela ficou um mês sem ir na aula por causa da pequena, porque a pequena não ficava longe dela, daí ela rodou<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Ibidem, **Lei De Execução Penal nº 7.210**. 1984, artigo. 14, §3º.

<sup>104</sup> FLORES, Nelia M. P.; SMEHA, Luciane, N. **Mães presas, filhos desamparados: maternidade e relações interpessoais na prisão**. Revista Physis, Rio de Janeiro, v. 28, n. 4, 2018, p. 6-11.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 8.

As falas das mães demonstram que há dois sujeitos atingidos pelo encarceramento da mulher. Esta situação se dá em razão da ligação mãe e criança e da atribuição de papel à mulher de gerir a estabilidade da família. Com a separação mãe-filho no momento da prisão, a criança experiencia um processo de luto. Os reflexos podem se manifestar no processo de aprendizagem da criança. Nesse sentido, segue trecho da fala de mãe entrevistada: “[...] ele é gago, ele regrediu bastante depois que eu vim porque ele tá na terceira série e não sabe lê ainda, as professoras tão passando e eu me preocupo com ele [...]”<sup>107</sup>.

Assim, a prisão das mães traz implicações de significados sociais que apresentam reflexos na escolarização dos filhos. Tem-se que geralmente, a inserção e o acompanhamento da vida escolar dos filhos são responsabilidades atribuídas à mãe. Com a privação de liberdade, ela fica impossibilitada de acompanhar o processo educativo das crianças<sup>108</sup>

Pesquisa realizada por Julie Poehlmann concluiu que 63% das crianças filhas de presas apresentam relacionamentos inseguros com suas mães e cuidadores<sup>109</sup>. No entanto, quanto mais segura for a relação da criança com seus cuidadores, maior a probabilidade terá de reagir à separação da mãe com tristeza, e não com raiva. Os resultados do estudo também revelaram que, diante da separação de suas mães, as crianças costumam apresentar tristeza, preocupação, confusão, raiva, solidão, medo, problemas de sono e retrocesso no desenvolvimento e muitas vezes desencadeiam envolvimento do uso de entorpecentes, como é o caso relatado por uma mãe presa em relação a seu filho:

É, eu convivia com as gurias né, e a guria pequena que não deu pra conviver, ela nasceu, tava com três meses quando eu vim. Agora ela tá com o pai dela em Viamão. Eu queria ver se não conseguia um projeto pra colocar o menino, sabe, pra ele não se perder, não vou mentir, começou a fumar maconha, eu não queria isso pra ele, e a tia dele, minha irmã, segura às vezes, só que eu sei que ele é bom aluno, são boas as notas dele, queria ver se conseguia aqui um projeto pra colocar ele, sabe (...) <sup>110</sup>.

Nos Estados Unidos, de acordo com Julie Poehlmann<sup>111</sup>, em torno de 1,7 milhões de crianças têm pais que estão na prisão e segundo estudo essas crianças apresentam risco maior de desenvolver problemas de comportamento, evasão escolar e abuso de substâncias.

<sup>107</sup> Op. cit. 2018, p. 9.

<sup>108</sup> STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos**. Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, set. 2009b. p. 25. |

<sup>109</sup> POEHLMANN, Julie. **Representations of Attachment Relationships in Children of Incarcerated Mothers**. Child Development, v.76, n. 3,2005, p. 679.

<sup>110</sup> FLORES, Nelia M. P.; SMEHA, Luciane, N. **Mães presas, filhos desamparados: maternidade e relações interpessoais na prisão**. Revista Physis, Rio de Janeiro, v. 28, n. 4, 2018, p. 8.Grifo nosso.

<sup>111</sup> POEHLMANN, Julie. et al. **Children's contact with their incarcerated parents: Research findings and recommendations**. American Psychologist, v.65, n. 6, 2010, p. 575 – 587.

Acredita-se que o bom vínculo e a convivência com a mãe nas visitas poderiam ter um efeito preventivo no desenvolvimento da criança. No entanto, neste estudo, algumas mães justificaram sua preferência por não receber a visita dos filhos. Elas temem que eles sejam expostos a um ambiente de relações interpessoais permeadas por hostilidade, nas quais não há reciprocidade de apoio e acolhimento. Logo, solicitar a visita e ver os filhos dentro do ambiente prisional seria infligir mais sofrimento a elas e seus filhos.

Ainda no que diz respeito aos sujeitos envolvidos no cenário de encarceramento de mulheres, pesquisas apontam que o direito que mais é violado é a assistência à saúde o que inclusive é um contraponto, aos dados do INFOPEN MULHERES que apresenta altos índices de implantação de módulos de saúde nos cárceres femininos. Conforme, pesquisa de campo realizada por Vilma Diuana, Miriam Ventura, Luciana Simas, Bernard Larouzé, Marilena Corrêa, a prisão traz novas dificuldades no que diz respeito à acesso a direitos especialmente no caso de mulheres gestantes e mães, pois, privadas da liberdade, estas têm menor possibilidade de tomar iniciativas e de buscar informações que favoreçam o autocuidado e a participação nas decisões envolvendo a gravidez e ao parto. Portanto, “as gestantes dependem do pessoal da saúde e de agentes penitenciários para levar a termo sua gestação e dar à luz a seu bebê em segurança”<sup>112</sup>.

A pesquisa aponta que a ida ao serviço de saúde extramuros é perpassada de situações de intenso “sofrimento físico e moral pelo transporte em camburão, algemadas e pela humilhação na chegada à unidade de saúde, onde se sentem discriminadas pelo pessoal da saúde e por usuários, que se afastaram demonstrando medo e recriminação”<sup>113</sup>.

As incertezas quanto ao parto são agravadas pelo medo de não conseguirem ser levadas a tempo à maternidade hospitalar. As mulheres entrevistadas apontaram que os funcionários de modo geral, procuram retardar ao máximo o encaminhamento para a maternidade. Esta situação explica porque muitas mulheres relataram ter seus filhos na prisão. Também foram ouvidos relatos de práticas de profissionais de saúde que revelam desconsideração pelas necessidades e sofrimentos destas mulheres<sup>114</sup>. Nesse sentido segue relato de uma presa:

---

<sup>112</sup>DIUANA, Vilma et al. Direitos reprodutivos das mulheres no sistema penitenciário: tensões e desafios na transformação da realidade. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2047, July 2016.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> Idem

Quando eu tava com seis meses e pouco a minha bolsa estourou e fiquei três dias saindo líquido, líquido líquido... Aí fui na enfermaria, numa segunda-feira, o médico falou assim: desde quando tu tá assim? As funcionárias dizendo - 'tá com dor?', e eu - 'Não, não tô com dor, só que eu tô preocupada, tá saindo muito líquido'. Daí o médico olhou pra mim e falou assim: **'Se tu esperou desde sexta, tu pode esperar até amanhã que a ginecologista vem'**<sup>115</sup>.

A partir dessas colocações a análise ganha outro lugar, porque se detecta a violação de direitos tanto da mãe como da criança. Com a finalidade de viabilizar uma reflexão mais profunda quanto às violações que atravessam o sujeito de direito criança em razão do encarceramento da mãe, na sequência, será apresentado os conflitos decorrentes do descompasso entre o cárcere e o direito das crianças

### 1.3. O DESCOMPASSO ENTRE O CÁRCERE E A CRIANÇA

Voltar à atenção ao quadro de encarceramento, no contexto de mulheres, faz-se necessário na contemporaneidade em razão do aumento exponencial dessas no cárcere. Contudo, a importância desse debate a partir de gênero tem seu valor ampliado, uma vez que, o encarceramento das mulheres também alcança as crianças, pois segundo dados do INFOPEN MULHERES, 74% das mulheres são mães<sup>116</sup>.

Por conseguinte, é emergente que a presente dissertação para além de retratar as mulheres no cárcere, retrate as condições das respectivas crianças contidas junto com as mães ou atingidas pelo aprisionamento da mulher.

Conforme dados do INFOPEN MULHERES, os presídios brasileiros majoritariamente são destinados aos homens, portanto, a maioria dos espaços são adaptados às mulheres e, não contam com espaços adequados às crianças<sup>117</sup>.

A este respeito às autoras do livro 'Pela Liberdade' asseveram que:

(...) as prisões femininas brasileiras apresentam sérias violações aos direitos das mulheres, especialmente das negras e periféricas, e à **integridade física, psíquica e moral de seus filhos, que por estarem em uma fase peculiar de desenvolvimento, especialmente durante a primeira infância, são ainda mais sensíveis às condições ambientais de insalubridade, prevalência de inúmeras doenças e das constantes violências institucionais, as quais deixam marcas e**

<sup>115</sup> Op. cit.

<sup>116</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2017, p. 51.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 22.

**consequências no indivíduo e na sociedade para toda vida e por várias gerações<sup>118</sup>.**

Em razão desse quadro de violações que o sistema carcerário impõe as mulheres e alcança as crianças, o Instituto Alana, por meio do programa prioridade absoluta na defesa da criança, atuou como *amicus curiae* no *habeas corpus* coletivo em estudo e sustentou que “não é possível assegurar os direitos de crianças sem garantir os direitos de suas mães e que, portanto, a prisão domiciliar de gestantes e mães é fundamental para garantir os direitos de seus filhos e filhas”<sup>119</sup>.

Destarte, a Constituição Federal inaugurou a doutrina de proteção integral reconhecendo as crianças como sujeitos de direitos e como pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento, e que, portanto, devem ter seus direitos garantidos em primeiro lugar conjuntamente pela família no seio familiar, pela sociedade e pelo Estado. Assim, ao artigo 227 da CF prevê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>120</sup>.

Na mesma toada o Estatuto da Criança e do adolescente viabiliza a garantia de prioridade absoluta à criança e ao adolescente. Alinhada à essa regra, foi promulgada a Lei 13.257, de 2016, que estabelece o Marco Legal da Primeira Infância e garante a criação de programas, serviços e iniciativas voltados à promoção do desenvolvimento integral dessas. Neste marco legal, fixa-se também princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas à primeira infância, em atenção à relevância dos primeiros seis anos de vida no desenvolvimento infantil.

Com a promulgação do marco da primeira infância, diversos diplomas normativos foram modificados, dentre eles destaca-se o Código de Processo Penal. Contudo, o mero reconhecimento legal não é capaz de imprimir concretude a estes direitos.

Assim, os direitos das crianças e adolescentes estão limitados e condicionados as ações das famílias, da sociedade e do próprio poder público, que no caso em estudo é

---

<sup>118</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 33. Grifo nosso.

<sup>119</sup> Op. cit. p. 39.

<sup>120</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **CRFB, 1988**.

evidenciado na necessidade de cumprimento da garantia de prisão domiciliar, uma vez que, a permanência da gestante ou da criança com a mãe no cárcere, bem como a separação destas, prejudica severamente o desenvolvimento infantil<sup>121</sup>.

No que concerne à violação de direitos, segundo pesquisa realizada pelo *Center on the developing child of Harvard University* na pesquisa intitulada *Excessive Stress Disrupts the Architecture of the Developing Brain*<sup>122</sup>, um dos principais fatores responsáveis pelo dano ao desenvolvimento infantil é decorrente do estresse tóxico, o qual é fruto de situações que envolvem sofrimento grave, frequente, ou prolongado, no qual a crianças não têm o apoio adequado da mãe, pai ou cuidadores<sup>123</sup>.

A respeito as crianças com mães encarceradas, o estresse tóxico decorre do ambiente prisional uma vez que, este ambiente não permite condições adequadas ao desenvolvimento infantil. Assim, diante da inadequação dos espaços, a outra solução viável prevista legalmente seria a separação da criança da figura materna. Contudo segundo o Livro pela liberdade:

Também nos casos de separação da mãe e consequente institucionalização infantil, o rompimento do vínculo gera estresse à criança e a falta de um laço emocional constante nas instituições de acolhimento também pode gerar significativos riscos para o seu desenvolvimento sadio<sup>124</sup>.

Ainda relativamente ao estresse tóxico, estudos apontam que a ausência da figura materna pode gerar efeitos danosos no aprendizado, no comportamento, e na saúde durante toda a vida, pois, segundo pesquisa conduzida pelo Neurologista Charles Nelson e professor da Universidade de Harvard *Medical School*, especializado em desenvolvimento infantil, em estudo de campo realizado na Romênia, foi possível verificar que o desenvolvimento de crianças postas em programas de acolhimento apresentavam problemas cognitivos e comportamentais, além de terem menos massa cerebral branca e as regiões do cérebro responsáveis pela atenção, cognição em geral e processamento emocional das crianças estavam afetadas, se comparadas com as crianças que passaram a infância em ambientes familiares<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 41.

<sup>122</sup> Centro sobre o filho em desenvolvimento da Universidade de Harvard na pesquisa intitulada O estresse excessivo interrompe a arquitetura do cérebro em desenvolvimento. Tradução livre.

<sup>123</sup> CENTER ON THE DEVELOPING CHILD OF HARVARD UNIVERSITY, 2014, p. 2

<sup>124</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 42.

<sup>125</sup> MARSHALL, Eliot. Childhood neglect erodes the brain. **Science**. 2015.

Outra consequência decorrente do aprisionamento das mães é a extensão do estigma da prisão às crianças. Segundo a autora Claudia Stella “a instituição prisional possui um significado cultural específico que pode influenciar as relações individuais das crianças e seu processo desenvolvimental nos ambientes de sua convivência” como escola, vizinhança e/ou na própria família, por meio da reprodução de estigma social imposto a essas crianças, por associação da condição das mães<sup>126</sup>.

Assim, a autora conclui que:

(...) aprisionamento materno é um evento importante na vida dos filhos, com um significado social específico e que pode resultar em dificuldades para a resolução de conflitos de determinadas fases de sua vida; seu impacto pode ser intensificado ou não de acordo com a fase de desenvolvimento em que a criança se encontrava quando do aprisionamento materno<sup>127</sup>.

O prejuízo ao desenvolvimento infantil é especialmente gravoso durante a primeira infância, período que vai até os seis anos de idade, dado que os picos de desenvolvimento das vias sensoriais, da visão, da audição, da linguagem e das funções cognitivas concentram-se especialmente nos primeiros meses e mantêm-se elevadas até o sexto ano de vida<sup>128</sup>.

A autora Claudia Stella observa que a prisão materna, além de provocar consequências negativas nas crianças como a extensão de estigma, na maioria das vezes, gera outros efeitos como:

A mudança de seu cuidador primário, a perda de apoio emocional e, muitas vezes, do apoio financeiro, podendo, nesse tipo de separação, serem atingidas de uma forma mais intensa, em seu processo desenvolvimental. Por isso, a separação mãe e filho pela prisão não pode ser tratada como outra separação (morte, divórcio), pois possui características específicas, quais sejam, a mudança do papel social da mãe e a influência do significado social da instituição prisional<sup>129</sup>.

No que concerne ao aleitamento materno, a Organização Mundial da Saúde (OMS) observa que nos primeiros seis meses de vida, bem como a manutenção simultânea à alimentação complementar, até os dois anos de idade tem grande importância para o desenvolvimento da criança. Entretanto a separação de crianças e mães antes desse período prejudica-se o desenvolvimento infantil, dado que a amamentação é capaz de reduzir a mortalidade, evitar diarreia, infecções respiratórias, alergias, hipertensão, colesterol alto e

---

<sup>126</sup> STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas**: o papel materno na socialização dos indivíduos. *Estud. pesqui. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, set. 2009b, p. 99.

<sup>127</sup> *Idem*.

<sup>128</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.p. 9-11.

<sup>129</sup> *Op. cit.* 2009<sup>a</sup>, p. 100.

diabetes, além de reduzir as chances de obesidade, favorecer o desenvolvimento cognitivo e facilitar a formação de vínculos afetivos<sup>130</sup>.

Seguindo o estudo conforme as fases etárias da pessoa, a autora Claudia Stella destaca diferentes consequências decorrentes do aprisionamento das mães em cada momento da vida da criança. No que diz respeito ao primeiro ano de vida, o aprisionamento materno e a separação da mãe-presas e bebê podem “comprometer a manutenção de vínculos entre mães e filhos, bem como dificultar o estabelecimento de relações de confiança, especialmente se o bebê não tiver a possibilidade de vivenciar outro vínculo de maternagem”. A autora ainda observa que nesta fase, o bebê não tem o entendimento de atos criminais e da prisão. Por tais razões a criança é mais afetada pela quebra de vínculos mãe e bebê “do que pelo significado social atribuído à delinquência materna”<sup>131</sup>.

Até os dois anos de idade, os filhos de mulheres presas podem ter um comprometimento em sua autonomia, uma vez que a separação traumática e prolongada dos pais, especialmente da mãe, pode comprometer o desenvolvimento, tornando a criança dependente e com problemas de autoconfiança e de ajustamento às leis do mundo social, embora também, ainda não compreenda o significado social da prisão materna<sup>132</sup>.

Na idade até os três anos há maior entendimento e conhecimento das situações, portanto, estão mais vulneráveis ao trauma da separação pela prisão dos pais do que os bebês, podendo ter comprometida a aquisição de sua iniciativa. “Contudo, essas crianças não são capazes de expressar verbalmente suas emoções e sofrimentos, dispondo da habilidade para perceber e lembrar os eventos traumáticos, mas não podendo processar e ajustar o trauma sem assistência”<sup>133</sup>.

Por fim, entre os seis e doze anos as crianças continuam sendo dependentes de seus cuidadores e se tornam mais sociáveis nas comunidades e ciclos sociais que frequentam. “Com a prisão materna, a criança pode ser alvo de preconceito e experimentar na escola as primeiras formas de exclusão social, pelo estigma atribuído à prisão materna estando mais

---

<sup>130</sup> BRASIL - OMS. Ministério da Saúde. **Saúde da criança**: nutrição infantil, aleitamento materno e alimentação complementar. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009p, 13-18.

<sup>131</sup> STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas**: o papel materno na socialização dos indivíduos. Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, set. 2009b, p. 109.

<sup>132</sup> Op. cit.

<sup>133</sup> Idem.

suscetível a problemas escolares e a comportamentos agressivos” e podem apresentar dificuldades de identificação com modelos adultos<sup>134</sup>.

Destaca-se que a fase da adolescência é permeada por diversas complexidades as quais podem ser intensificadas com ausência da figura materna. O exposto é corroborado em pesquisa de campo realizada no presídio regional de uma cidade no interior do Estado do Rio Grande do Sul, no período entre abril a julho de 2017 pelas autoras Nelia Maria Portugal Flores e Luciane Najjar Smeh.

Por meio do relato de uma das entrevistadas é possível compreender o sentimento de impotência e as limitações das presas para o exercício da maternidade. Elas compreendem que a adolescência é um período importante no encaminhamento para a fase adulta, contudo, não podem intervir. Como forma de corroborar o exposto segue trecho da entrevista:

Eu precisava de uma renda assim pra ajudá ele, pra ele entrar num jovem aprendiz ou alguma coisa pra ele pode comprá as coisa dele e não fica revoltado pela rua, na maconha. Ele já andava desse jeito e eu não quero isso pra ele, Deus o livre, e ele disse “mãe, eu quero que tu me ajuda”, mas ele pede pra mim ajuda, mas eu não tenho como fazer nada<sup>135</sup>.

A partir do trecho destacado, é possível considerar que apesar do sofrimento materno em razão do desejo de voltar a exercer a maternidade e de impossibilidade de poder ajudar o filho na fase da adolescência, considera-se que a pessoa mais afetada no processo de aprisionamento da mãe é a criança, que no exemplo posto está na fase de adolescência se construindo para atingir a fase adulta.

Observa-se que todos os exemplos apresentados acima, se refere a hipótese de aplicação de medidas que afastem mães e filhos. É certo que a legislação nacional e internacional prevê medidas em que as crianças podem ficar até certa fase etária com as mães no cárcere, contudo os autores do livro ‘Pela liberdade’, asseveram que: “Quando crianças ficam no cárcere, estão impossibilitadas de exercer plenamente o direito à liberdade, além de expostas às condições precárias do ambiente, o que afeta gravosamente seu desenvolvimento e sua integridade física, psíquica e moral<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> FLORES, Nelia M. P.; SMEHA, Luciane, N. Mães presas, filhos desamparados: maternidade e relações interpessoais na prisão. **Revista Physis**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 4, 2018, p. 8.

<sup>136</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p 43.

Diante do exposto, os autores do livro ‘Pela Liberdade’ concluem que “prisões não foram pensadas para crianças e não é desejável que nenhuma criança passe um dia sequer no ambiente prisional ou longe de suas mães”<sup>137</sup>.

A despeito disso, dados do Departamento Penitenciário Nacional, quanto a impetração do *habeas corpus* coletivo informou que ao menos 1.925 crianças se encontravam no cárcere junto com suas mães<sup>138</sup>. Destaca-se que esse número não é preciso, trata-se de número aproximado de crianças em estado de cárcere em 2014 e o departamento nacional penitenciário, não tem mecanismos capazes de apontar com precisão o número de crianças atingidas pelo encarceramento de mulheres no Brasil.

Em razão dessa omissão e da ausência de informação, os autores do livro ‘Pela liberdade’, destacam que esse fato decorre de uma característica que sempre recaiu as crianças atingidas pelo encarceramento das mães “que por muito tempo permaneceram invisíveis, ou reduzidas a números que pouco pareciam significar”, o que é evidenciado no fato de a matéria somente ser tratada no âmbito legislativo e judicial recentemente<sup>139</sup>. Contudo, como uma forma de resgatar a importância de resguardar os direitos das crianças os autores concluem que:

Tais crianças não podem ser esquecidas ou ter sua infância negada. Essas crianças, como todas as outras, devem ter os seus direitos respeitados. O direito de encontrar conforto no colo de sua mãe, o direito de correr até se cansar, o direito de poder ver o dia amanhecer sem grandes preocupações<sup>140</sup>.

De todo o exposto é importante destacar que, é bastante espinhoso discutir crianças em situação de cárcere em razão do encarceramento das mães ou crianças atingidas pelo aprisionamento de suas mães, porque em uma primeira análise se detecta um conflito diante da necessidade de retirar o suspeito do ciclo social, como forma de se proteger a ordem social, e de se resguardar direitos constitucionalmente consagrados à criança.

A complexidade do tema se aprofunda e transcende a área do Direito em razão das diversas consequências decorrentes do aprisionamento da mulher como o estigma que pode se estender a figura do filho, as relações antagônicas de cuidado, os reflexos na formação das

---

<sup>137</sup> Ibidem, p. 33

<sup>138</sup>BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN 2015**. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2015, p. 88.

<sup>139</sup>CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 39.

<sup>140</sup> Idem

crianças. A este respeito, conforme Claudia Estella “as mães, que são as principais guardiãs das crianças em nossa sociedade, quando presas, são atingidas por imagens negativas e estigmatizadas, ferindo o mito da boa mãe”<sup>141</sup>.

Reflexões dentro do contexto de família fora construído em pesquisa de campo pela autora Claudia Stella. A amostra do trabalho foi constituída por aplicação de entrevistas em “quatro rapazes e duas moças, com média de idade de 21 anos, que moravam com a própria mãe ou com a família dela quando da prisão materna, e após o encarceramento, aproximadamente 66% passaram por múltiplas guardas”<sup>142</sup>. Diante deste estudo pode-se detectar falas contraditórias em que se por um lado a figura da mãe é valorizada, de outro lado existe a criminalidade materna, que se antagoniza com a primeira significação. Para ilustrar o exposto segue trecho:

[...] ela passava como se fosse uma pessoa boa, **só que ela era uma pessoa muito ruim e que manipulava a mente das outras pessoas, aí ele (diretor do presídio) falou que tinha que transferir ela**, porque lá é o anexo até, que lá fica só os picos 11 que é chamado, por isto que mandaram ela pra lá. Eu falei, nossa minha mãe! (risos) **eu acho a minha mãe uma pessoa tão boba, eu acho ela uma pessoa tão boba, assim, tão inocente**. Às vezes você vê assim só de conversar com ela assim, você conviver com ela, assim, você vê que... às vezes até uma criança pensa mais rápido que ela, sabe? Eu falo: Mãe, você viaja às vezes nas coisas assim que você faz. Aí ela fala que não, aí eu fico meio assim, pô é minha mãe... Aí falaram porque ela era do PCC e não sei o que, sabe? Eu falei: Minha mãe nunca. Sabe o dia que eu sonhar que ela tá se envolvendo com isto, acho que nunca mais eu venho visitar ela, ela fala: Não filha, não tô me envolvendo com estes caras que não sei o que e tal e eu falo: Espero, né. Porque até provar o contrário. Pra mim vale mais a palavra dela do que a palavra dos outros, mas ela falou que não, eu espero que sim, né... mas tudo bem “E meu pai sempre teve um temor pela minha mãe, porque na verdade as pessoas que conhecem a minha mãe lá em São Miguel Paulista, sabe que a minha mãe, no passado, foi uma pessoa difícil, vamos assim dizer, uma pessoa rude”<sup>143</sup>.

Neste estudo também foi possível obter resultados que apontam que os filhos fazem identificações e diferenciações com a mãe, especialmente em razão do processo de criminalização. Nestes termos segue trecho:

Como identificasse que era aquilo e isto ia me parecer ser a minha mãe e isto eu ia ver a minha semelhança com a minha mãe, mas com o tempo os meus olhos foram abertos, a minha consciência foi despertada e hoje eu posso ver um homem bem diferente, eu posso ver aonde a minha mãe chegou, então hoje eu vejo, se eu estivesse lá onde eu chegaria também, hoje ela tá com 42 anos parece, uma vida toda perdida, e eu tenho condição de recuperar a minha, não seria conveniente botar a perder (...)<sup>144</sup>

<sup>141</sup> STELLA, Claudia. **Filhos (as) de mulheres presas: soluções e impasses para seu desenvolvimento**. 2000, p. 246. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 11.

<sup>142</sup> Ibidem, 2009b, p. 300

<sup>143</sup> Ibidem, p. 301. Grifo nosso

<sup>144</sup> Ibidem, 2009b, p. 301.

Por outro lado, da mesma forma que houve falas que repudiavam a figura da mãe houve outras que almejam o retorno da figura materna, principalmente de acompanhamento nos estudos. Como forma de evidenciar o exposto segue trecho:

Eu tenho guardado comigo 2 (duas) pastas de provas, de trabalhos e se eu tirava nota vermelha eu guardava comigo pra mim refazer aquele exercício, pra fazer certo de novo, as provas que eu tirava nota boa, porque eu tenho esperança que um dia ter a minha mãe morando comigo, pra um dia eu mostrar pra ela... olha, mãe, eu sei que ela vai olhar e não vai entender nada, mas eu queria, porque os filhos eles tiveram esta alegria de mostra pros pais e eu quero ter também, é minha mãe, eu sei que ela não vai entender nada, eu sei que ela mal sabe escrever o nome dela, mas eu quero mostrar: oh! Mãe se os outros filhos da senhora, deu pro que não presta, isto é problema deles, eu não tenho nada com isto, mas pelo menos eu quero te mostrar isto, entendeu?<sup>145</sup>.

Assim, põe-se relevante a análise dos casos, diante da importância da figura materna para o desenvolvimento infantil. A este respeito destacam-se considerações feitas no livro ‘Pela Liberdade’:

(...) não é possível cuidar da criança sem cuidar de sua família, especialmente de sua mãe. Assim, entende-se que só será possível garantir os direitos de crianças com absoluta prioridade garantindo o direito da mãe, não se tratando de sobreposição de direitos, mas sim da harmonização desses.

Nesse sentido, vale destacar que o fato de a mulher ser acusada de ter cometido um crime não a incapacita para a maternidade; inclusive, a destituição do poder familiar motivada por condenação criminal pode ocorrer somente no caso de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha, conforme prevê o ECA. Assim, em vez da presunção de incapacidade, a mulher e a família devem receber apoio para cuidar da criança. Por fim, se eventualmente a mãe cometer falta, omissão ou abuso em relação à criança, ela é responsabilizada e são aplicáveis medidas protetivas à criança<sup>146</sup>.

Em complemento a informação posta acima, destaca-se que quase 50% das mulheres em cárcere não têm sentença condenatória decretada e o instituto da prisão domiciliar em estudo não abarca a mulher condenada<sup>147</sup>. Desse modo, o afastamento da prisão preventiva, pode se apresentar como uma medida desproporcional, principalmente às crianças gerando o rompimento de vínculos e alimentando ciclos de violações de Direitos decorrentes do encarceramento das mães, pois alimentar-se-á um ciclo de negação de Direitos às crianças.

Segundo o estudo realizado por Claudia Stella, o aprisionamento materno na vida de crianças até 12 anos pode gerar uma crise de desenvolvimento, pois este ao invés de se voltar para questões que dizem respeito a si, serão envolvidos em questões relacionadas ao aprisionamento materno, podendo não ter disponibilidade para resolver os conflitos inerentes

<sup>145</sup> Ibidem, p. 303

<sup>146</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças.** São Paulo: Instituto Alana, 2019.p. 44.

<sup>147</sup> INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias.** 2017, pp. 19-23.

de sua fase desenvolvimental. Outra questão importante destacada pela autora, é que nesta fase “os filhos podem desenvolver uma atitude de cuidado com suas mães, na tentativa de prevenir futuros atos criminais maternos”<sup>148</sup>. Essa relação de cuidado é fortalecida quando se preza pela manutenção de vínculos e proximidade das mães e filhos.

Considera-se que as condições apresentadas no que diz respeito aos espaços penitenciários apontam que encarcerar mulheres nestas condições interfere na efetivação de direitos e estabelece um conflito entre o direito à maternidade digna e o direito de punir do Estado ou de aplicar a prisão provisória, bem como o Direito a primeira infância. Este descompasso, entre a legislação e o quadro carcerário exigiu do Estado uma ação com a finalidade de intensificar mecanismos legais que protejam os direitos dos sujeitos envolvidos. Daí a modificação legislativa do código de processo penal.

#### 1.4. MODIFICAÇÃO LEGAL NO ARTIGO 318 IV E V DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Câmara dos Deputados propôs o projeto lei nº 10.269 em 2018 com a finalidade de alterar o decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941<sup>149</sup>, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984<sup>150</sup>, e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990<sup>151</sup>, estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

O objetivo da modificação legislativa é “assegurar o direito à maternidade de milhões de mulheres que se encontram no cárcere ou prestes a terem a liberdade cerceada e a dignidade dos filhos e filhas de mães condenadas pelo sistema de justiça criminal, em período fundamental do seu desenvolvimento”<sup>152</sup>.

A medida, ademais de ser meio de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, confere cumprimento ao que dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição da República de 1988 que determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. A justificativa legal apresentada se sustenta na situação carcerária brasileira no que diz respeito às mulheres e da

---

<sup>148</sup> STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas**: o papel materno na socialização dos indivíduos. *Estud. pesqui. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, set. 2009b, p. 110.

<sup>149</sup> BRASIL. **CPB**.

<sup>150</sup> *Ibidem*, **Lei De Execução Penal nº 7.210**. 1984.

<sup>151</sup> *Ibidem*, CPB. **Lei Dos Crimes Hediondos**.

<sup>152</sup> *Ibidem*, Câmara Dos Deputados. **PL. nº 10.269**, 2018, p. 9.

necessidade da elaboração de leis capazes de racionalizar e humanizar o sistema de justiça criminal.

Também é apresentado na justificativa legal, dados do INFOPEN quanto a população carcerária feminina<sup>153</sup>. Nesse sentido, segue trecho:

**A população carcerária feminina subiu de 5.601 para 37.380 detentas entre 2000 e 2014, um crescimento de 567% em 15 anos.** A maioria dos casos é por tráfico de drogas, motivo de 68% das prisões.

Segundo dados do INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - de 2014, cerca de 67% da população prisional do país é formada por pretos e pardos, ou seja, 2 em cada 3 detentos são negros. A juventude, por sua vez, também é maioria no sistema carcerário brasileiro, sendo 56% da população composta por pessoas entre 18 e 29 anos.

O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, e nos últimos 14 anos o número de presos no país cresceu mais de 160%. Cerca de 40% das pessoas em privação de liberdade estão presas provisoriamente, por força da prática amplamente difundida no judiciário brasileiro que, a despeito da lei processual, converte a prisão cautelar de exceção em regra.

Em 2016 foi divulgado relatório da ONU acerca das práticas de tortura e maus tratos nos presídios brasileiros. Para este documento, o sistema carcerário brasileiro passa por uma ‘superlotação endêmica’.

Apenas no primeiro semestre de 2014, o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen) informou 565 mortes no sistema prisional, sendo metade delas classificada como intencionais, violentas – portanto, algo como 280. E esses números não contam com os dados dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro que abrigam um terço da população carcerária nacional.

Desta forma, **a proposta confere efetividade à garantia Constitucional da dignidade da pessoa humana e dá cumprimento ao que dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição da República de 1988: nenhuma pena passará da pessoa do condenado**<sup>154</sup>.

Diante da justificativa legal apresentada, tem-se que esta visa promover a garantia da dignidade humana criando medidas legais que resguardem a maternidade e que a pena imposta não atinja a criança. Assim, percebe-se, que a prisão domiciliar teve como intuito promover a proteção da figura materna e promover a proteção de direitos da criança em cumprimento ao que dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição da República de 1988 de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Assim sendo, considera-se que a modificação legislativa considerou dois sujeitos de direito, a mãe e a criança a partir do fundamento Constitucional Dignidade.

Posto o cenário geral de encarceramento de mulheres e as pessoas envolvidas neste quadro, tem-se que é importante compreender o perfil dessas mulheres encarceradas com a finalidade de tecer encaminhamentos no que diz respeito ao papel do *habeas corpus* coletivo em estudo e o acesso à justiça. Por tais razões o próximo tópico se debruça a verificar, a partir

<sup>153</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. **PL. nº 10.269**, 2018, p. 9.

<sup>154</sup>Idem. Grifo nosso.

de dados, o perfil de mulheres encarceradas no Brasil e a concretização do Direito de acesso à justiça.

### 1.5. DO PERFIL AO CONTEXTO DA MULHER ENCARCERADA

Segundo dados do INFOPEN MULHERES, é possível apontar que 50% da população prisional feminina tem de 18 a 29 anos, 62% são mulheres negras e 37% se autodeclararam brancas. Projetando a proporção de mulheres negras e brancas para o total da população prisional, tem-se que 25.581 mulheres são negras e 15.051 são brancas. A partir desta estimativa, é possível calcular a taxa de aprisionamento a qual demonstra: que a cada 100 mil mulheres maiores de 18 anos, 40 mulheres brancas são privadas de liberdade e, para cada 100 mil mulheres maiores de 18 anos, 62 mulheres negras são privadas de liberdade. Tais resultados expressam a disparidade entre os padrões de encarceramento de mulheres negras e brancas no Brasil<sup>155</sup>.

Quando se volta a atenção à cada Estado Federado, percebe-se altos índices de encarceramento de mulheres negras na maioria dos Estados. Segundo os dados, dezessete Estados<sup>156</sup> têm o percentual de 70% a 97% de seus cárceres compostos por mulheres negras, sete Estados<sup>157</sup> tem o percentual de 50% a 69% de seus cárceres compostos por mulheres negras e três Estados<sup>158</sup> tem de 30% a 49% de seus cárceres compostos por mulheres negras<sup>159160</sup>.

A maioria dessas mulheres não acessaram o ensino médio o que perfaz o percentual de 66%<sup>161</sup>. Dados nacionais apontam que 23% da população carcerária feminina informou estar

---

<sup>155</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública. INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2017, p. 37-42.

<sup>156</sup> AC 97%, AL 79%, AM 79%, AP 74%, BA 86%, CE 94%, DF 79, ES 70% GO 73%, MA 90%, MS 69%, MT 64%, PA 89%, PB 79%, PE 88%, PI 90%, RO 78%, RR 80%, TO 90%.

<sup>157</sup> SP 56%, SE 54%, RN 63%, RJ 65%, MT 64%, MS 69%, MG 68%.

<sup>158</sup> RS 30%, SC 38%, PR 33%.

<sup>159</sup> No que diz respeito aos Estados RS, SC e PR, destaca-se que a composição por cor ou raça, em tal região evidencia características históricas peculiares, com o predomínio absoluto da população autodeclarada branca (83,6%) e com os menores percentuais, entre todas as macrorregiões brasileiras, de participação regional das populações autodeclaradas preta (3,7%) e parda (11,5%). Nos Estados de Santa Catarina 89,3% são brancos e Rio Grande do Sul 86,5% são brancos, enquanto a participação da população autodeclarada parda nesses Estados é de 7% em Santa Catarina e 7,5% no Rio Grande do Sul. Por outro lado, os percentuais de população autodeclarada preta apresentam diferenças significativas, sendo de 2,6% em Santa Catarina e de 5,2% no Rio Grande do Sul (IBGE, 2007, p. 27).

<sup>160</sup> Op. cit., p. 42.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 43-44.

em união estável, 62% se declarou solteira, 9% casada, 4% divorciada/separada e 2% se declarou viúva<sup>162</sup>.

Até junho de 2016, havia 220 mulheres privadas de liberdade com deficiência, sendo 162 com deficiência intelectual e 30 com deficiência física<sup>163</sup>. Também destaca que há 529 mulheres estrangeiras, sendo que 323 são do Continente Americano, 120 da África, 37 da Ásia e 48 da Europa. Observa-se que 63% de todas as mulheres estrangeiras estão sob a custódia do Estado de São Paulo<sup>164</sup>.

Quanto ao número de filhos das pessoas privadas de liberdade no Brasil destaca-se que a disponibilidade de informação é baixa em todo o país. A pesquisa mais recente do INFOPEN MULHERES, conseguiu coletar dados referentes a 7% de toda população prisional feminina em junho de 2016, o que corresponde a uma amostra de 2.689 mulheres<sup>165</sup>.

Verificou-se que dos 7% de mulheres das quais se tem informação é possível se depreender que 74% delas têm filhos, o que significa que, na maioria dos casos de prisão de mulheres, há crianças e adolescentes envolvidos<sup>166</sup>.

Este cenário aponta à necessidade de se considerar o impacto do encarceramento sobre as famílias e comunidades das mulheres presas e principalmente se atentar para o fato de que o aumento de encarceramento de mulheres alcança também as crianças. O relatório do IPEA observa que este quadro se justifica, em razão das:

Desigualdades persistentes na sociedade quanto à distribuição da responsabilidade sobre a execução do trabalho de cuidados (domésticos e com os filhos, especialmente), entre homens e mulheres, detecta-se a necessidade de formulação de demandas e serviços com estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades<sup>167</sup>

Por fim, destaca-se dados parciais do INFOPEN MULHERES de 2016, constatou do percentual de 7% de mulheres 1.111 crianças, sendo que aproximadamente 250 tem de 0 a 6 meses de vida e, aproximadamente 650 tem mais de 3 anos e 227 tem de 6 meses a 3 anos<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 48-49

<sup>165</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>168</sup> Op. cit. p. 52.

Diante dos dados é possível considerar que as mulheres que adentram o sistema prisional em sua maioria são jovens, solteiras, possuem filhos, têm baixo nível de escolaridade e renda familiar precária. Segundo Moraes e Dalgalarrodo, em geral, antes do encarceramento essas mulheres não possuíam estabilidade trabalhista, pois desempenhavam ocupações de baixa qualificação com salários proporcionais ou estavam em situação de desemprego<sup>169</sup>. Esta situação evidencia um ciclo de vulnerabilidade anterior ao aprisionamento, pois alcança majoritariamente um grupo específico de mulheres de forma a gerar um perfil carcerário.

Diante do exposto, impõe-se a necessidade de reflexão com a finalidade de compreender porque são majoritariamente elas, bem como verificar o acesso à justiça destas mulheres e de suas crianças, o papel do *habeas corpus* coletivo no rompimento de ciclos de vulnerabilidades e promoção de acesso à justiça.

### **1.5.1. As intersecções de violência no contexto de cárcere**

Estudos indicam que a população carcerária feminina traz consigo história de vida marcada por precários vínculos familiares, como a perda precoce dos pais, baixos índices de sociabilidade, pouco acesso à educação, vulnerabilidade econômica, dificuldades de acesso à justiça e, outras formas de violência<sup>170</sup>.

É possível depreender dos dados, que o encarceramento de mulheres no tráfico de drogas é interseccionado por gênero e raça uma vez que 62% dessas são mulheres negras e a população prisional feminina é a que mais cresce no mundo desde 2000<sup>171</sup>.

No que diz respeito a gênero, estudo realizado por Ana Carla Harmatiur Matos e Tani Maria Wurster aponta que na cadeia de desenvolvimento do tráfico de drogas também há a reprodução da hierarquização das atividades, ou seja, há atividades normalmente desenvolvida por mulheres e outras por homens. Essa construção encontra explicação na “destinação histórica e cultural do universo doméstico e cuidado com os filhos” às mulheres,

---

<sup>169</sup> MORAES, P. A. C.; DALGALARRONDO, Paulo. **Mulheres encarceradas em São Paulo: saúde mental e religiosidade.** *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 1, 2006 p. 52-55.

<sup>170</sup> ALVES, Dina. **Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana.** *Revista CS*, 21, 2017, p. 266.

<sup>171</sup> Idem.

trabalho este que não tinha valor, enquanto o trabalho desenvolvido pelo masculino era atribuído valor<sup>172</sup>.

Segundo afirma Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Patrícia Pacheco Rodrigues:

(...) Ainda se fazem presente resquícios da cultura paternalista dos séculos passados. Tiveram importantes movimentos feministas e sociais de apoio a emancipação da mulher, na busca da implementação da igualdade de fato que ainda não foi concretizada. A história e a cultura são responsáveis pela desigualdade de gênero, que cresce onde existem papéis e posturas discriminatórias. As mulheres ainda aprendem o papel social de submissão, e os homens o papel de domínio. Tais concepções surgem desde a infância, no âmbito familiar, do que por disciplinas legais. Portanto, trata-se de um jogo de poder, e a mulher se mantém na sociedade com menos poder político, econômico e menos prestígios sociais. O que, inevitavelmente, vem influenciando na qualidade de vida e no acesso destas aos espaços de poder<sup>173</sup>.

Assim, na atualidade as mulheres vivem a “reprodução de um poder simbólico” decorrente da divisão sexual do trabalho em que mulheres majoritariamente dedicam mais tempo aos trabalhos domésticos, o que lhes priva de destinar seu tempo ao trabalho produtivo, que se atribui valor e é remunerado<sup>174</sup>.

Essa construção, ainda reflete nas mulheres que majoritariamente exercem atividades domésticas, e mesmo aquelas que exercem atividade de comando, essas têm seu labor menos valorizado do que o labor masculino. Deste modo elas acabam por se tornar uma categoria economicamente mais vulnerável.

Segundo estudos realizados pelo instituto de economia da Universidade de Campinas - UNICAMP, a crescente presença das mulheres no mercado de trabalho se deu a partir dos anos de 1970. No entanto “essa inserção se destaca pelas grandes diferenças salariais e pela elevada concentração em setores ligados ao comércio e a serviços, notadamente nas áreas de serviços sociais, trabalho doméstico e nas ocupações mais vulneráveis”. Essas “são características que acompanham a trajetória de inserção das mulheres no mundo produtivo e tem suas raízes na desigual divisão sexual do trabalho e na atribuição às mulheres do trabalho reprodutivo”<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup>MATOS, Ana, C. H. WUSTER, Tania, M. **O patriarcalismo tardio como causa do superencarceramento de mulheres no Brasil**. Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. Org: Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018. p. 65.

<sup>173</sup> MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. RODRIGUES, Patrícia Pacheco. **Constitucionalismo Feminista: Expressão das Políticas Públicas Voltadas à Igualdade de Gênero**. Ed. 2ª Juspodivm, 2020. 194-195.

<sup>174</sup> Op. cit. p. 66.

<sup>175</sup>UNICAMP. Instituto de Economia. CESIT/IE Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho. **Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica**. São Paulo, 2017, p. 18-19.

No caso das mulheres em cárcere detecta-se a reprodução dessa estrutura hierarquizada no exercício das atividades. Em pesquisa realizada por Iara Ilgenfritz e Barbara Musumeci Soares o maior encarceramento de mulheres no tráfico ocorre pela reprodução da estrutura de comando à figura masculina, sendo resguardada às mulheres as atividades subalternas. A pesquisa corrobora o exposto ao constatar que as mulheres presas por tráfico de drogas estão inseridas predominantemente em atividades periféricas, subsidiárias e vulneráveis como “buchas”, consumidoras, “mulas”, “aviões”, “vapores”, “cúmplices”, “assistentes ou fogueteiras”<sup>176</sup>.

Essas atividades subalternas exercidas as colocam em uma situação de maior vulnerabilidade e mais propícias a serem atingidas pelo sistema de segurança pública. A esse respeito, segundo estudo realizado pelo IPEA, tal panorama no tráfico de drogas “aliado à hediondez do crime, legitima políticas de encarceramento em massa, principalmente das mulheres”, as quais, em sua maioria, estão presas por tráfico de drogas, o estudo aponta que:

As mulheres são o alvo mais fácil dessa política de guerra às drogas. Em geral, seu papel no tráfico é o de transporte, vigilância e manutenção dos entorpecentes em suas casas — atividades que permitem conciliação com as responsabilidades de cuidado e domésticas; contudo, são também as atividades mais visíveis do tráfico, o que as deixam mais vulneráveis em relação ao controle penal. Ademais, como de forma geral as mulheres lucram menos que os homens nas atividades do tráfico, elas têm menos possibilidade de fazer “acertos” com os policiais e escapar da prisão<sup>177</sup>.

Transcendendo as questões de gênero na dissertação que se desenvolve, é importante observar que dentro do contingente de mulheres presas, dados do INFOPEN apontam que estas majoritariamente são negras<sup>178</sup> e, a despeito “do crescente interesse entre pesquisadores do sistema penitenciário nacional, as mulheres negras não aparecem em suas discussões, ainda que constituam o principal grupo de presas no país”<sup>179</sup>.

No que concerne ao exposto, destaca-se que alguns trabalhos têm mostrado que as mulheres, de modo geral, possuem uma vulnerabilidade específica, marcada por sua condição

<sup>176</sup>SOARES, Barbara, M.; IILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 80

<sup>177</sup> IPEIA, **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015, p. 74-75.

<sup>178</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **INFOPEN MULHERES. Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2017, p. 40-44.

<sup>179</sup>ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista CS**, 21, 2017, p. 105.

de gênero em uma sociedade estruturada a partir de desigualdades entre homens e mulheres<sup>180</sup>.

Considera-se que tais estudos ajudam na compreensão das dimensões de gênero nas prisões, mas têm se revelado insuficientes no que diz respeito à especificidade da mulher negra. Daí a emergência de se proceder a estudo que intersecciona gênero, raça e classe.

No tocante ao exposto, o conceito ‘interseccionalidade’ foi cunhado em 1989, por Kimberlé Crenshaw, em sua tese de doutorado em Direito<sup>181</sup>.

Nesta oportunidade, a autora destaca que:

A associação de sistemas múltiplos de subordinação tem sido descrita de vários modos: discriminação composta, cargas múltiplas, ou como dupla ou tripla discriminação. **A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação.** Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento<sup>182</sup>

A autora Kimberlé Crenshaw observa que mulheres são, dentro da sociedade, um grupo que sofre violências de gênero. Contudo, na construção de mecanismos à proteção destas, é necessário se atentar as especificidades dentro do conjunto de mulheres, uma vez que há aquelas que são marcadas por diversas interseções de violências, decorrentes de raça, etnia, idade, classe e estado civil. Portanto, para a construção de soluções ou para compreender o cenário em que essas mulheres estão inseridas, apenas o critério de gênero pode fazer com que algumas discriminações passem despercebidas. Como forma de ilustrar o exposto, a autora apresenta a experiência das mulheres *dalit* e, assim aponta que:

(..) Pode ser resgatado da experiência das mulheres *dalit*, na Índia, que são espancadas ou sofrem outras formas de abuso em espaços públicos quando realizam suas responsabilidades ‘femininas’, como buscar água na fonte. Ou seja, os abusos ocorrem em contextos em que a suposta condição de ‘intocável’ as deixa vulneráveis à violência dos membros das castas mais altas, principalmente se esses considerarem que elas transgrediram suas fronteiras corporais. Embora essa violência seja prontamente definida como simples discriminação de casta, na

---

<sup>180</sup> BRAUNSTEIN, Hélio, R. Mulher encarcerada: Trajetória entre a indignação e o sofrimento por atos de humilhação e violência. **Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em educação da Faculdade de educação da Universidade de São Paulo – USP.** 2007, p. 12-21.

<sup>181</sup> CRENSHAW, Kimberlé, W. **Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics.** University of Chicago Legal Forum, 1989, p. 140-141.

<sup>182</sup> *Ibidem*,. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, 2002, p. 177.

verdade, ela é interseccional: as mulheres devem, portanto, negociar um conjunto complexo de circunstâncias nas quais uma série de responsabilidades marcadas pelo gênero as posiciona de forma que elas absorvam as consequências da discriminação de casta na esfera pública<sup>183</sup>.

A este respeito destaca-se que Ângela Davis no seu livro ‘Mulheres, raça e classe’, apesar de não ter sido o termo interseccionalidade destacado como uma forma de pesquisar e construir resultados, a autora tece reflexões que interseccionam questões de gênero, raça e classe na construção de seu trabalho. Assim, acaba evidenciando violências específicas que perpassa as mulheres negras na América do Norte em razão a escravidão e assevera que:

As mulheres negras sempre trabalharam mais fora de casa do que suas irmãs brancas. O enorme espaço que o trabalho ocupa hoje na vida das mulheres negras reproduz um padrão estabelecido durante os primeiros anos da escravidão. Como escravas, essas mulheres tinham todos os outros aspectos de sua existência ofuscados pelo trabalho compulsório. Aparentemente, portanto, o ponto de partida de qualquer exploração da vida das mulheres negras na escravidão seria uma avaliação de seu papel como trabalhadoras. O sistema escravista definia o povo negro como propriedade. Já que as mulheres eram vistas, não menos do que os homens, como unidades de trabalho lucrativas, para os proprietários de escravos elas poderiam ser desprovidas de gênero. Nas palavras de um acadêmico, “a mulher escrava era, antes de tudo, uma trabalhadora em tempo integral para seu proprietário, e apenas ocasionalmente esposa, mãe e dona de casa<sup>184</sup>.”

Relativamente, às intersecções de raça na figura da mulher no Brasil, destaca-se que, compreender tais questões exigem que o estudo se volte à sociedade. Portanto, faz-se necessário recorrer a alguns teóricos da sociologia e das ciências sociais, com a finalidade de compreender as condições de acesso à direitos da população negra e assim os reflexos históricos na mulher negra encarcerada na atualidade.

#### 1.5.1.2. Porque são elas?

Para uma aproximação mais atenta às relações de raça no Brasil, é imprescindível o estudo da história brasileira. Dessa maneira, por meio de pesquisa realizada por Leonardo Ortegá, verifica-se o quanto as “relações entre europeus, indígenas e africanos foram marcadas por distinções de cunho racial”. O autor observa que tais distinções podem ser destacadas ora nos argumentos espirituais, biológicos e médicos, e até mesmo pelo senso comum senhorial em que “negros e indígenas eram classificados e reclassificados ao olhar do europeu de forma racializada, isto é, de forma a estabelecer distinções entre esses três grandes

<sup>183</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>184</sup> DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe** [recurso eletrônico]; tradução Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016, p. 24

grupos, não apenas com um sentido de hierarquização, mas de definição do que era ou não considerado humano”<sup>185</sup>.

Esse processo de racialização sobre a população negra perfilhou o período escravocrata e definiu diferenças de acesso à direitos. No que tange a educação, a população negra ficou durante anos inviabilizada de ter acesso, pois o regulamento 22 de agosto de 1887 da província do Estado de São Paulo dizia no seu artigo 143 § 5º que “não serão admitidos à matrícula nas escolas de primeira categoria: Os escravos, salvo nos cursos noturnos e com consentimento dos senhores”<sup>186</sup>. Como consequência, a população negra em sua grande maioria era analfabeta e assim, impedida do exercício da cidadania, pois segundo o Decreto nº 21.076 de 1932, artigo 4º “b” “não podem alistar-se eleitores analfabetos”<sup>187</sup>.

Segundo Florestan Fernandes no livro “A integração do negro na sociedade de classe”, com a abolição da escravidão a sociedade brasileira caminhava para estabelecer um sistema econômico capitalista<sup>188</sup>. Nestes termos é importante observar que segundo Leonardo Ortegá, muito antes de as classes sociais capitalistas emergirem e passarem a exercer forte determinação sobre os processos de relações sociais na maior parte do mundo, era a raça o distintivo oficial entre os grupos sociais nas metrópoles e colônias. Nestes termos o autor destaca que:

(...) à medida que o capitalismo foi se consolidando como modo de produção tanto nos países Europeus quanto nas Américas, difundiu-se também a ideia de que o racismo ia chegando ao fim, dada a associação direta entre racismo e escravidão, bem como em virtude da condição supostamente indistinta de trabalhador que o livre mercado oferecia a todos os que dependiam da própria força de trabalho. Sobretudo num país como o Brasil, no qual a convivência entre brancos e negros era supostamente pacífica, narrada principalmente por Gilberto Freyre como um palco romântico da democracia racial e da sublimação das diferenças, a ideia de que raça e racismo seriam dois componentes fundantes e fundamentais das desigualdades e violências da nova sociedade passou a dar lugar a explicações de caráter liberal, fundamentadas nas competências e no mérito individual, por um lado, no caráter de classe que se estabelecia, por outro<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> ORTEGAL, Leonardo. **Relações raciais no Brasil: colonialidade, dependência e diáspora**. Serv. Soc. Soc. São Paulo, n. 133, p. 413-431, dez. 2018, p. 417.

<sup>186</sup> SÃO PAULO. Regulamento de 22 de agosto de 1887 da província do Estado de São Paulo. **Regulamento para instrução pública Provincial 1887**. Disponível no site: <[http://www.usp.br/niephe/bancos/legis\\_detalhe.asp?blg\\_id=205](http://www.usp.br/niephe/bancos/legis_detalhe.asp?blg_id=205)>. Acessado em 23/10/2019.

<sup>187</sup> BRASIL. **Código Eleitoral**. Vrceto nº 21.076, 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18/12/2019.

<sup>188</sup> FERNANDES. Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes** Vol. 1. 5 ed : São Paulo. Editora Globo, 2008, p. 31.

<sup>189</sup> ORTEGAL, Leonardo. **Relações raciais no Brasil: colonialidade, dependência e diáspora**. Serv. Soc. Soc. São Paulo, n. 133, p. 413-431, dez. 2018, p. 417.

No que diz respeito às relações de trabalho e a implantação do modelo econômico capitalista no Brasil, Florestam Fernandes destaca que com a abolição da escravidão a integração da população negra na sociedade de classe fora permeada por diversas complexidades, uma vez que a massa de trabalhadores a ser absorvida pela organização de mercado era composta por nacionais, estrangeiros e os negros recém livres. Neste contexto, o autor assevera que:

O antigo agente do trabalho escravo foi expelido, nas condições em que se formou e se consolidou, inicialmente, a ordem social competitiva na cidade de São Paulo, para as ocupações marginais ou acessórias do sistema de produção capitalista. O imigrante aparece com o lídimo agente do trabalho livre assalariado, ao mesmo tempo em que monopoliza, as oportunidades reais de classificação econômica e de ascensão social, abertas pela desagregação do regime servil e pela constituição da sociedade de classes. Diante do negro e do mulato se abrem duas escolhas irremediáveis, sem alternativas. Vedado o caminho da classificação econômica e social pela protarização, restava-lhes aceitar a incorporação gradual à escória do operariado urbano crescente ou se abater penosamente, procurando no ócio dissimulado, na vagabundagem sistêmica ou na criminalidade fortuita meios para salvar as aparências e a dignidade de homem livre<sup>190</sup>.

A inserção do negro na sociedade de classe se deu de forma abrupta, uma vez que o desfazimento do regime escravocrata e senhorial aconteceu sem que houvesse a destituição dos “antigos agentes de trabalho escravo, de assistência e garantias que os protegessem na transição”(…). “Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a igreja ou qualquer outra instituição assumisse encargos especiais que tivesse por projeto prepará-los para um regime de organização de vida e de trabalho”. Assim, o “antigo agente do trabalho escravo imprimiu à abolição o caráter de uma espoliação extrema e cruel”<sup>191</sup>.

No que concerne ao exposto, considera-se que a liberdade conferida despida de mecanismos de promoção de igualdade material são pontos chaves para a continuação de uma estrutura que inviabiliza a integração do negro na sociedade de classe. Portanto, a ausência de garantias e assistência foram instrumentos de perpetuação de desigualdades, em que apesar de se conferir liberdade ao escravo, os antigos agentes da escravidão que mantinham a condição de não acesso à direitos, continuava a inviabilizar este acesso à população negra diante da ausência de mecanismos de promoção de igualdade.

---

<sup>190</sup> Op. cit. , p. 44

<sup>191</sup> Ibidem, p. 29.

Em consonância, Joaquim Nabuco observa que o período escravocrata marcaria por longo tempo a sociedade brasileira, porque a abolição não fora seguida de medidas sociais que conferissem igualdade política, econômica e social aos recém libertos<sup>192</sup>.

Por sua vez, Sueli Carneiro aponta que essas marcas se seguiram em razão do racismo científico do século XIX que legitimou a divisão de raças na humanidade estabelecendo hierarquia entre elas, conferindo *status* de inferioridade e superioridade naturais<sup>193</sup>.

Para Florestan Fernandes, os resquícios da escravidão se perpetuaram porque “a legislação, o poder público e os círculos politicamente ativos da sociedade se mantiveram indiferentes e inertes diante de um drama material e moral que sempre fora reconhecido e previsto” no que diz respeito à população negra recém liberta<sup>194</sup>.

Por fim, este aponta que:

A sociedade brasileira largou o negro a seu próprio destino, deitando sobre seus ombros a responsabilidade de se reeducar e de se transformar para corresponder aos novos padrões e ideias de ser humano, criados pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e do capitalismo<sup>195</sup>.

Sueli Carneiro ao trabalhar raça e Direitos Humanos no Brasil observa que “a base da contradição de população liberta, mas sem direitos”, se conserva “pela prevalência da concepção de que certos humanos são mais ou menos humanos do que outros o que, conseqüentemente, leva a naturalização da desigualdade de direitos.” A autora observa que “se alguns estão consolidados no imaginário social como portadores de humanidade incompleta, torna-se natural que não participem igualmente do gozo pleno de Direitos Humanos”<sup>196</sup>.

Nesta toada, Leonardo Ortegal afirma que a ideia de menos humano é elemento importante para compreender as relações sociais no Brasil, “pois, em um mundo marcadamente antropocêntrico, caracterizar determinado grupo como não humano ou sub-humano resultava em total isenção moral para a exploração, escravização e extermínio desse grupo assim classificado”. Segundo este autor, “isto está evidenciado nos mais diversos

<sup>192</sup> NABUCO, Joaquim. O abolicionismo. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 104, p. 14.

<sup>193</sup> CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011, p. 16.

<sup>194</sup> FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes** Vol. 1. 5 ed : São Paulo. Editora Globo, 2008. p. 31.

<sup>195</sup> Ibidem, pp. 35-36.

<sup>196</sup> CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011, p. 15.

estudos da historiografia e da sociologia do Brasil e não teve seus efeitos suspensos por decreto, como a promulgação da Lei Áurea ou da Proclamação da Independência”<sup>197</sup>.

Pesquisa do IPEA intitulado ‘Retrato das desigualdades’ corrobora o exposto por Sueli Carneiro e Leonardo Ortegá no que diz respeito a participação igual no gozo de Direitos Humanos ao ressaltar que o:

Acesso aos benefícios previdenciários está estreitamente relacionado com o histórico laboral dos indivíduos, de forma que as desigualdades provocadas pelas discriminações de gênero e raça no mercado de trabalho se repetem no sistema previdenciário<sup>198</sup>.

Este estudo também destaca que 70% dos domicílios chefiados por negros recebem alguma assistência da previdência ou assistência social como Bolsa Família. Quanto a proteção previdenciária decorrente da população ativa contribuinte, tem-se que “o grupo em melhores condições são os homens brancos, com cobertura de 70,7% em 2009 e, as mulheres negras são as menos protegidas socialmente, com 56% de cobertura”<sup>199</sup>.

No que diz respeito ao mercado de trabalho, o estado de desemprego também se apresenta como uma realidade permeada por um histórico de desigualdades de gênero e raça. Os dados apontam que “a menor taxa de desemprego corresponde à dos homens brancos (5%), ao passo que a maior remete às mulheres negras (12%). No intervalo entre os extremos, encontram-se as mulheres brancas (9%) e os homens negros (7%)”<sup>200</sup>.

No que se refere ao trabalho formal/registrado, segundo os dados em 2009, “os homens brancos possuíam o maior índice de formalização (43% com carteira assinada), as mulheres negras apresentavam o pior (25% com carteira assinada)”<sup>201</sup>.

O conjunto de dados apresentados evidenciam que raça ainda estabelece condições de acesso à direitos e são as diretrizes das desigualdades sociais ainda na contemporaneidade. Por outro lado, conforme salienta Leonardo Ortegá:

Durante a segunda metade do século XIX foi construída uma noção, que até hoje possui forte incidência, de que, diferentemente dos séculos anteriores em que vigorava a escravidão e as ideologias racialistas falidas, o racismo no capitalismo

---

<sup>197</sup> ORTEGAL, Leonardo. **Relações raciais no Brasil: colonialidade, dependência e diáspora**. Serv. Soc. Soc. São Paulo, n. 133, p. 413-431, dez. 2018, p. 417.

<sup>198</sup> IPEA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. [et al.]. - 4ª ed. - Brasília: Ipea, 2011. p. 25.

<sup>199</sup> Idem.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 26

<sup>201</sup> Ibidem, p. 27.

estaria subordinado à desigualdade de classe. Partindo-se de um pressuposto factualmente comprovado de que a maioria da população pobre era a população negra, desenvolveu-se politicamente a tese economicista de que o racismo poderia ser extinto resolvendo-se as desigualdades de classe<sup>202</sup>

Ou seja, conforme o autor destaca, há uma corrente no campo da sociologia que compreende as desigualdades raciais como subproduto de contradições sociais. Essa ideia sustenta os fundamentos da democracia racial que desracializar a sociedade por meio da miscigenação como forma de ocultar as desigualdades raciais. Nesse sentido o Carlos Hasenbalg assevera que a ideia de democracia racial é uma construção ideológica, cujo principal efeito “é manter as diferenças inter-raciais fora da arena política, criando severos limites as demandas dos negros por igualdade racial”<sup>203</sup>.

Sueli Carneiro assevera que “essas concepções, conformam duas matrizes teóricas em disputa na sociedade”. De um lado o mito da democracia racial que gera a “repetição do passado no presente” de outro, o pensamento que privilegia a perspectiva analítica da “luta de classe para a compreensão de nossas contradições sociais”. Esta última, “obscurece o fato de a raça social e culturalmente construída ser determinante na configuração da estrutura de classe em nosso país”<sup>204</sup>.

Portanto, conforme os autores apresentados, a repetição do passado no presente, são desenhados por meios sofisticados, contudo, usando a mesma base do passado que é a racialização de um grupo de pessoas despida de mecanismos capazes de promoção de igualdade material. Na contemporaneidade, os reflexos dessa construção se manifestam, como remanência histórica observáveis quando se usa como fundamento metodológico a raça nos estudos de desigualdades sociais. Neste sentido, tais resultados são vastamente explorados nas áreas da sociologia e economia. Como forma de evidenciar o exposto, segundo Sueli Carneiro:

Mais recentemente, economistas vem qualificando a magnitude destas desigualdades a ponto de, podermos afirmar que nesse momento vivemos em um país apartado racialmente. De fato, as disparidades no índice de desenvolvimento humano entre brancos e negros revelam que o segmento da população brasileira autodeclarado branco apresenta em seus indicadores socioeconômicos – renda, expectativa de vida e educação – padrões de desenvolvimento humano compatível com os países da Bélgica, enquanto o segmento da população autodeclarado negro (pretos e pardos) apresenta índice de desenvolvimento humano inferior a de inúmeros países em

---

<sup>202</sup> ORTEGAL, Leonardo. **Relações raciais no Brasil: colonialidade, dependência e diáspora**. Serv. Soc. Soc. São Paulo, n. 133, p. 413-431, dez. 2018, p. 418.

<sup>203</sup> HASENBALG, Carlos. A; SILVA, Nelson. V. Raça e oportunidades educacionais no Brasil. Fundação Carlos Chagas (SP), **cadernos de pesquisa**, n. 73, maio 1987, p. 80.

<sup>204</sup> CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011, p. 17-18.

desenvolvimento, como a África do Sul, que, a menos de dez décadas erradicou o regime do *apartheid*<sup>205</sup>.

Esta realidade, também é corroborada na educação, pois conforme dados do IBGE o número de pessoas brancas entre 18 e 24 anos de idade que estavam frequentando o ensino superior era de 186.952, enquanto o número de pessoas pretas e pardas era de 50.06916. Ou seja, a população branca, na capital de São Paulo, é quase quatro vezes superior ao número de pessoas pretas e pardas no ensino superior<sup>206</sup>.

Cruzando tais dados com o perfil carcerário feminino, verificam-se pontos de ligação, pois as mulheres presas que majoritariamente são negras não tiveram acesso à educação e precários vínculos trabalhistas. Essa conjuntura, tem explicação histórica, pois embora o ensino superior estivesse presente no Brasil desde 1808, mulheres o acessaram somente após 71 anos, em 1879, por meio do Decreto n° 7.247, de 19 de abril<sup>207</sup>.

Mas, somente as mulheres não negras estavam em condições de ingressar no ensino superior, pois a população negra no geral acessou educação básica muito depois<sup>208</sup>.

Como decorrente histórico da escravidão no Brasil e, interseccionando as violências a partir do critério raça às mulheres, Sueli Carneiro assevera que “a pobreza tem cor no Brasil”, pois:

A desigualdade racial no Brasil é tão intensa que se o índice de desenvolvimento humano (IDH) levasse em conta apenas os dados da população branca, o país ocuparia a 48º posição, a mesma da Costa Rica, no ranking de 174 países elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Isso significa que, se brancos e negros tivesse a mesma condição de vida, o país subiria 26 degraus na lista da ONU – hoje está no 74º lugar. Em contrapartida analisando-se apenas informações sobre renda, educação e expectativa de vida ao nascer dos negros e mestiços, o IDH nacional despencaria para a 108º posição, igualando o Brasil à Argélia no relatório da ONU<sup>209</sup>.

Segundo pesquisa do PNAD de 2007, entre as trabalhadoras com carteira assinada também existe diferença. O percentual é de 34,5% dos brancos e 25,6% dos negros.

---

<sup>205</sup> Op. cit., p. 18.

<sup>206</sup> SÃO PAULO. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, censo demográfico. Sistema nacional de informação de gênero. **Total de pessoas pretas ou pardas entre 18 e 24 anos de idade que frequentam o ensino superior. Total de pessoas pretas ou pardas entre 18 e 24 anos de idade que frequentam o ensino superior**, 2010.

<sup>207</sup> BRASIL. **Decreto n° 7.2447 de 1879 Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior de todo imperio**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em 11/12/2019.

<sup>208</sup> LIMA, Renata, M. Mulheres Negras: a Relação de Mobilidade Urbano Periférica com a Permanência na Educação Superior. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, DFn.12, jan/dez. 2019b, p. 305.

<sup>209</sup> CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011, p. 58.

Este quadro reflete no salário que elas recebem: R\$ 766,6 das mulheres brancas contra R\$ 639,0 das mulheres negras<sup>210</sup>. Neste contexto, podem-se verificar as interseções de violência que sobrecam ao ser mulher e ao ser negra, as quais no que diz respeito aos postos de trabalho, majoritariamente estão nos serviços precarizados.

Como resquício histórico, as mulheres negras continuam distantes do acesso à direitos como a educação em que “muitas estão sendo as primeiras da família a acessar o ensino superior”. Este resultado é alcançado por meio de pesquisa de campo realizado com jovens de regiões periféricas de São Paulo capital. Uma das entrevistadas, ressaltam que “Eu sou a primeira na minha família, falando de três gerações, que eu sou a primeira pessoa que curso o ensino superior” (...) <sup>211</sup>. A este respeito a autora Cibele da Silva Henriques observa que: “(...) na sociedade Brasileira, o lugar dos homens e mulheres negros nunca foi na escola, mas na lavoura, na casa grande, na senzala, nas ruas ou quando rebelde, na prisão” <sup>212</sup>.

Segundo a autora Ângela Davis, ao mesmo tempo em que há o afastamento da população negra de direitos sociais básicos, a prisão tem sido a solução para uma gama completa de problemas sociais. Em vez de construir moradias, jogam os sem-teto na cadeia. Em vez de desenvolverem o sistema educacional, jogam os analfabetos na cadeia. Jogam na prisão os desempregados decorrentes da desindustrialização, da globalização do capital e do desmantelamento do Estado de bem-estar social<sup>213</sup>.

Após tecido todo esse contexto histórico, acredita-se ter terreno propício a responder o porquê são elas?

Todo o contexto de vulnerabilidade tecido acima deságua que para determinado grupo de pessoas, que no caso em estudo são as mulheres negras, é reservado o exercício de trabalhos precarizados e nas bases das estruturas, sejam estes legais ou ilegais.

A razão de ser reservado a este grupo a precariedade no serviço decorre das ausências que as atravessaram desde a escravidão aos dias atuais, as quais podem ser resumidas em

<sup>210</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios– PNAD**. 2007, p. 21

<sup>211</sup> LIMA, Renata, M. **Mulheres Negras: a Relação de Mobilidade Urbano Periférica com a Permanência na Educação Superior**. Revista da Defensoria Pública da União. Brasília, DFn.12, jan./dez. 2019b, p. 306.

<sup>212</sup> HENRIQUES, Cibele, da S. **Do trabalho doméstico à educação superior: a luta das mulheres trabalhadoras negras pelo direito à educação superior**. Revista O Social em Questão - Ano XX - nº 37- Jan abr./2017, p. 153.

<sup>213</sup> DAVIS, Ângela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura**. Rio de Janeiro, DIFEL, 2009, p. 46.

ausências de trabalhos formais, de saúde, de educação, de propriedade, de moradia digna, de direito à família. O continuum desse histórico se alimenta da ausência de mecanismos capazes de promover igualdade.

As consequências do exercício de trabalhos informais, contudo legais, é a não aplicabilidade de todos os direitos dos trabalhadores e dentre eles destacam-se o mínimo de segurança diante de circunstâncias adversas com doença, limite de horas de trabalho e salário digno.

No caso dos trabalhos ilegais, a estrutura hierárquica que se aplica nos trabalhos legais, formais ou informais, no que diz respeito a raça e gênero também se reproduz. Portanto, mulheres negras majoritariamente estão nos cargos bases de trabalhos ilegais.

Especificamente no caso de trabalhos ilegais na figura do tráfico de drogas verifica-se que as mulheres são inseridas na cadeia do tráfico não nos altos escalões de decisão e comando, mas sim nas atividades bases de olheira, auxiliar e mula etc<sup>214</sup>. À vista disso estão mais vulneráveis de serem detectadas pela sistema de justiça se comparados com os grandes mandantes e chefes do tráfico nacional e internacional.

Assim, não são apenas as vulnerabilidades sociais que as levam a estes espaços, mas sim a conjugação de violências de raça, gênero e classe. Dadas razões conferem subsídio para compreender o porquê são elas as maiores atingidas e as que contam com maior índice de encarceramento por tráfico de drogas no Brasil e no mundo.

Por todo exposto, tem-se que com os dados apresentados e as reflexões quanto ao período pós-abolição dão conta de evidenciar que a mulher negra é interseccionada por diversas vulnerabilidades que encontram nascedouro na ausência de direitos provindos do período pós-escravidão o que explica, o porquê são elas.

O quadro mulheres encarceradas têm sua importância ampliada em razão dos vínculos entre a figura da mãe e da criança, uma vez que o desrespeito a Direitos Humanos da mãe

---

<sup>214</sup> WERBA, Graziela C; DUARTE, Raquel A. Esperança & CIA. **Como sobrevivem as mães apenadas**. In: coletivo Feminino Plural. Vida, saúde e sexualidade das mulheres em regime semi-aberto: a um passo da liberdade – um projeto de prevenção em DSTs/HIV/AIDS com mulheres presas. Org. Telia Negrão e Aparecida Luz Fernandes. Pref. Fátima Oliveira – Porto Alegre, 2005, p. 56.

SOARES, Barbara, M.; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 80

repercute no desenvolvimento da criança. Diante de todo o exposto, considera-se que o quadro de encarceramento tecida no decorrer da dissertação se apresenta como um instrumento que viabiliza a perpetuação de violências intergeracionais pela ausência de vínculos familiares estáveis.

Conforme a literatura apresentada, as mulheres presas são interseccionadas por diversas vulnerabilidades que as distancia de direitos mínimos, bem como de mecanismos capazes de fazer cessar ciclos de violência.

Diante deste cenário, considera-se que o *habeas corpus* na sua modalidade coletiva é instrumento capaz de fortalecer o acesso à justiça viabilizando a transposição de amarras históricas, sociais, econômicas e políticas o que consequentemente garantirá Direitos Humanos à mulher e à criança.

Destarte, considera-se que o *habeas corpus* Coletivo é importante instrumento jurídico para a promoção e garantia de direitos também das crianças envolvidas pelo aprisionamento da mãe ou contidas em cárcere junto com suas genitoras.

No que concerne ao exposto, os autores do livro ‘Pela Liberdade’ observam que “(...) o julgamento do HC 143.641 entra para a história brasileira tendo como protagonistas mulheres e seus filhos e filhas que, por diferentes razões e momentos, tiveram seus corpos presos e controlados”<sup>215</sup>.

A literatura e os dados evidenciam a precariedade dos espaços carcerários para a garantia de direitos mínimos à criança. Em adição a este cenário verificou-se que pressupostos históricos, sociais e econômicas que interseccionam estas mulheres e, dificultam o acesso à justiça inviabilizando a efetivação do direito a prisão domiciliar pela via individual do *habeas corpus*.

Isto posto, considera-se que a mera previsão legal para garantir tais direitos, como no caso em estudo se vislumbra pela prisão domiciliar, não basta para sua efetivação. Daí a importância do Supremo Tribunal Federal, ao julgar pela universalização do direito à prisão domiciliar a mulheres e adolescentes gestantes e com filhos de até doze anos, tomou importante decisão buscando sanar violações reiteradas contra crianças, adolescentes e

---

<sup>215</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.p. 45.

mulheres, buscou-se garantir o respeito ao Artigo 227 da Constituição Federal e, com isso, a absoluta prioridade na proteção e promoção dos direitos de crianças<sup>216</sup>.

Diante de todo o exposto, na sequência a presente dissertação apresenta estudo referente ao *habeas corpus* como mecanismo de acesso à direitos e acesso à justiça, tanto das mulheres em estado de cárcere como das crianças e, procura entender quem são os sujeitos de direito presentes na petição inicial e como se procedeu a construção dos principais fundamentos jurídicos constitucionais.

---

<sup>216</sup> Idem.

## 2 - CAPÍTULO 2 – DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143-641/SP-2018 STF

Detectar os sujeitos de direitos apresentados na petição inicial formulada pelo coletivo de Advogados em Direitos Humanos - CADHU<sup>217</sup> é o que ocupará o presente capítulo bem como o de compreender a construção dos fundamentos jurídicos Constitucionais. Para tanto, serão analisados os pontos trabalhados, os pedidos formulados, fundamentos usados com a finalidade de identificar a quem se reclama direitos nesta ação.

Antes de seguir a procura de tais respostas é preciso observar que o habeas corpus em estudo é construído dentro de um contexto em que houve aumento de interposição de ações que guardam alto índice de conteúdo moral envolvido na questão.

Uma das explicações dadas a esse fenômeno é que há inquietações da contemporaneidade que não encontram lugar no legislativo, em razão disso cumulado com ampliação de competências atribuídas ao poder judiciário, tem-se que a atividade judicial vive um processo de inchamento. É a chamada “supremocracia”.

É exemplo do exposto a ADI 4.277 que decidiu sobre a União homoafetiva<sup>218</sup>, aborto de feto anencéfalo na ADPF 54<sup>219</sup>, marcha da maconha na ADPF 187<sup>220</sup>, pesquisas com células tronco embrionárias na ADI 3510, a constitucionalidade das cotas raciais na ADI 3.330<sup>221</sup>, declaração do estado de coisas inconstitucional por meio da ADPF 347<sup>222</sup>, bem como a necessidade de reconhecimento e concretização de direitos específicos às mulheres em estado de cárcere no HC 143-641<sup>223</sup>.

No que diz respeito à aspectos formais é importante destacar que o habeas corpus coletivo foi impetrada na 2º turma do STF, portanto, não foi uma decisão de todo o colegiado.

---

<sup>217</sup> o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu) é uma articulação de profissionais que procuram promover os direitos humanos por meio de ações estratégicas de grande impacto. Este grupo foi formado em 2013. Atualmente congrega advogados e advogadas de Direitos Humanos de várias partes do país e conta atualmente com cerca de 20 colaboradores. Disponível em < <https://cadhu.wordpress.com/> >. Acesso em 20/10/2019.

<sup>218</sup> BRASIL. STF, **ADI 4277/DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado 05/05/21011, p. 611-615,

<sup>219</sup> Ibidem, **ADPF 54/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado 12/04/2012, p. 20.

<sup>220</sup> Ibidem, **ADPF 187/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado 15/06/2011, p. 15-18.

<sup>221</sup> Ibidem, **ADI 3510/DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado 29/05/2008, p. 134-138.

<sup>222</sup> Ibidem, **ADI 3330/DF**. Ministro Ayres Britto. Julgado 03/05/2012, p. 1-3.

<sup>223</sup> Ibidem, **HC 143-641/SP**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado 20/02/2018. p. 7-9.

Isto posto, o estudo segue perseguindo entender o desenvolvimento do instituto do *habeas corpus* até a contemporaneidade, verificar a quem se pleiteia direitos ou em razão de quem, compreender o cenário que se desenvolveu o *habeas corpus* coletivo e quais os argumentos constitucionais apresentados na petição inicial.

## 2.1 O *HABEAS CORPUS* COLETIVO, CÁRCERE DE MULHERES NO BRASIL E ACESSO À JUSTIÇA

Considera-se necessário para o desenvolvimento deste tópico, a compreensão do bem jurídico tutelado pelo *habeas corpus* e o desenvolvimento deste, tanto na sua modalidade individual quanto na coletiva, para na sequência refletir a aplicação do *habeas corpus* nas relações da contemporaneidade que são permeadas pela complexão e massificação das relações sociais.

Conforme Dicionário da língua portuguesa, *habeas corpus* no latim quer dizer ‘tenhas teu corpo’. Trata-se de “garantia Constitucional outorgada a favor de quem sofre ou está na iminência de sofrer coação ou violência na sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder”<sup>224</sup>. Também pode ser descrito como um mecanismo jurídico que visa proteger a liberdade de locomoção de quem desta está sendo ou está na iminência de ser constrangido<sup>225</sup>.

Observa-se que é condicionante para usufruir os direitos individuais ou sociais a liberdade sobre o corpo para que se possa ir e vir. Trata-se de remédio que a lei concede contra violência ao direito civil da liberdade pessoal. Sob um aspecto procedimental, pode-se dizer que sua natureza é *sui-generis*, não tem como finalidade reformar uma decisão. Portanto, não se trata de recurso processual Constitucional, tanto que este é um novo processo de ordem jurídica, de natureza sumária, diverso do ato que o originou.

Assim, considera-se que o *habeas corpus* tem natureza de ação Constitucional que visa conceder eficácia plena ao Direito fundamental da liberdade de ir e vir, o qual encontra fundamento no artigo 5º inciso LVIII da Constituição. Em reforço ao exposto Pelloni assevera que:

---

*Eh hábeas corpus resulta entonces un tipo de proceso que, a partir del acceso a la*

<sup>224</sup> FERREIRA, Aurélio, B. de H. **Novo Aurélio XXI**: o Dicionário da Língua portuguesa. 3º Ed. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999, p. 1024.

<sup>225</sup> BIDERMAN, Maria, T. C. **Dicionário Didático de português**. 2º Ed. Editora ática: São Paulo, 1998, p. 490.

*tutela judicial efectiva, se encamina sin más al respeto o la promoción de derechos fundamentales: es de iure el garantizador de estos últimos e históricamente, por cierto, ha tenido de fato mucho que ver con la positivización de una buena mayoría de ellos. Por esta razón su fuerza normativa no puede ni debe ser minimizada ni menos desconocida, ya sea por agentes estatales como por particulares que consientan esa delicada situación, imponiéndose como obligación principal de un miembro de la Convención. Siendo el derecho de los derechos, un atributo fundamental sui generis o simplemente un derecho-garantía, la dinámica de su evolución cruza toda la historiografía de cuanto se le reconoce a una persona por su condición de tal<sup>226</sup>.*

Destarte, o *habeas corpus* é instrumento processual Constitucional, isento de custas, colocado ao dispor de qualquer pessoa física que sofre ou está na iminência de sofrer ameaça de violência ou coação em sua liberdade. Neste correr, a doutrina aponta que a sua finalidade é vocacionada, exclusivamente, a proteger a liberdade individual<sup>227</sup>. No que tange ao aspecto processual, o remédio Constitucional pode objetivar um provimento meramente declaratório ou constitutivo sob um caráter mandamental<sup>228</sup>.

Conforme assevera Manuel Gonçalves Ferreira Filho, o *habeas corpus* é em si uma ordem judicial, “ordem para que se deixe de cercear, para que se não ameace a liberdade de ir e vir de determinado indivíduo. Ordem que pode ser dirigida a quem quer que restrinja ilegalmente a locomoção alheia”<sup>229</sup>.

Voltando os olhos a origem da ordem, salienta-se que é o direito Romano o expositor dessa notícia. Contudo, a ordem de *habeas corpus* era conhecida na lei Romana pelo nome de *Edictum de homine libero exhibendo* e não era aplicável no caso em que a pessoa reclamada era escravo<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> O *habeas corpus* é, portanto, um tipo de processo que, a partir do acesso à tutela judicial efetiva, se destina sem obstáculo ao respeito ou à promoção de direitos fundamentais: é de direito o garantidor desses direitos e, historicamente, por certo, teve de fato muito a ver com a positivação de uma grande maioria deles. Por essa razão, sua força normativa não pode nem deve ser minimizada nem desconhecida, já que, seja por agentes estatais, seja por particulares que consintam essa delicada situação, impondo-se como obrigação principal de um membro da Convenção. Sendo o direito dos direitos, um atributo fundamental sui generis ou simplesmente um direito-garantia, a dinâmica de sua evolução cruza toda a historiografia de quanto se reconhece a uma pessoa por essa sua condição. (*Tradução nossa*) PELLONI, Fernando M. Machado. *Hábeas Corpus: Derecho de los derechos*. Revista de Estudios Criminales, Buenos Aires, p.87-124, dez. 2010.p.93

<sup>227</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º Edição. Editora Saraiva, 2012, p. 403-404.

<sup>228</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12º Edição revista atualizada e ampliada. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015. p. 886.

<sup>229</sup> FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11º Edição revista e aumentada. Editora Saraiva. 2009, p. 153.

<sup>230</sup> COELHO, Marcellino, da G. **Do Habeas-Corpus**. Rio de Janeiro: editora typographia Guimarães, 1900, p.7.

Este remédio ingressou na ordem jurídica na Constituição de 1891. Neste período abrandaram-se as penas criminais, suprimindo-se as penas de galés, de banimento judicial e de morte. Conquistas importantes foram feitas no terreno das garantias constitucionais as quais não constavam do Texto anterior<sup>231</sup>.

Na Constituição em vigor o *habeas corpus* é enunciado no artigo 5º inciso LXVIII em que há a possibilidade de “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Disto decorre que à construção do remédio Constitucional tem com finalidade tutelar a liberdade individual.

Segundo a doutrina as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* em sua modalidade individual são aplicáveis diante de ameaça sem justa causa à liberdade de locomoção; prisão por tempo superior ao estabelecido por lei ou sentença; prisão em flagrante sem apresentação de nota de culpa; prisão sem ordem escrita de autoridade competente; prisão preventiva sem suporte legal; coação determinada por autoridade incompetente; negativa de fiança em crime afiançável, cessação do motivo que determinou a coação; nulidade absoluta do processo; falta de comunicação da prisão em flagrante do juiz competente para relaxá-la<sup>232</sup>.

A atual Carta Cidadã consagrou em seu corpo os direitos fundamentais em sua modalidade coletiva. Este caminho eleito pelo constituinte viabiliza a construção de novos paradigmas para a garantia de maior efetividade de Direitos Fundamentais. Estes novos paradigmas são demandados especialmente na contemporaneidade em que a sociedade vem passando por uma transição que intensifica as complexidades nas relações sociais o que exige mudanças para produção de respostas capazes de pacificar os conflitos sociais que atingem um grande número de pessoas.

No que concerne ao exposto, segundo Daniel Sarmiento, a hodiernidade, em razão do crescimento populacional e da progressiva complexificação das relações sociais, “é comum que um mesmo ato ou evento danoso repercute na esfera jurídica de um grande número de pessoas, originando múltiplas violações de direito similares”<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup>BASTOS, Celso, R. **Curso de Direito Constitucional**. Atualizado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Ed 20ª. Editora Saraiva: São Paulo. 1999, p. 99.

<sup>232</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12ª Edição revista atualizada e ampliada. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015. p. 887-890.

<sup>233</sup>SARMENTO, Daniel; BORGES, A.; GOMES, C. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem Constitucional brasileira**. 2015, p. 4.

Antes de tecer considerações quanto ao *habeas corpus* coletivo no caso concreto, é importante observar que a defesa de direitos coletivos é diferente da defesa coletiva de direitos individuais.

Segundo Teori Albino Zavascki “os Direitos Coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (sem titular determinado) e de materialmente indivisível.” Por outro lado, “os Direitos Coletivos comportam sua aceção no singular, ou seja, embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de Direito Coletivo”<sup>234</sup>. Destaca-se que este último tem sua titularidade múltipla e daí decorre sua transindividualidade, o caracterizando como uma defesa coletiva de Direito individual. Considera-se que o *habeas corpus* coletivo se insere nesta última conceituação.

O autor reforça o exposto ao afirmar que Direito coletivo é uma designação genérica que abrange duas modalidades de Direitos transindividuais, em que um é o direito difuso e o outro é coletivo *stricto sensu*<sup>235</sup>.

A este respeito, Péricles Prade destaca que os Direitos Coletivos:

(...) são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade<sup>236</sup>.

Se contrapõe ao Direito Coletivo os direitos individuais homogêneos os quais são direitos individuais que estão ligados entre si em razão de afinidade, de semelhança e homogeneidade que permite a defesa coletiva de todos eles<sup>237</sup>.

Neste último caso, em razão do homogeneidade, para fins de tutela jurisdicional, a modalidade coletiva se apresenta como importante instrumento de acesso à justiça, capaz de reduzir excesso de ações sobre fatos e situações semelhantes no judiciário, promove economia processual e evita a construção de decisões conflitantes. Por fim, é nesta conceituação de direito individual homogêneo dentro da categoria de Direito Coletivo que se insere o *habeas corpus* coletivo em estudo.

---

<sup>234</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28

<sup>235</sup> Idem.

<sup>236</sup> PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 61.

<sup>237</sup> Ibidem, 2014, p. 28.

Inter-relacionando o exposto ao quadro de encarceramento de mulheres, tem-se que essa situação é típica da contemporaneidade, na qual em razão de mudanças sociais, econômicas e políticas, bem como da massificação das relações, os danos e violações de direitos, se apresentam como potenciais fatores que podem gerar a multiplicação de pessoas atingidas e, por conseguinte fomentar o aumento de demandas individuais decorrentes de uma mesma causa.

Como forma de responder a essa emergência social, o direito e a jurisprudência brasileira caminham à produção de respostas coletivas com vistas a dar mais eficiência, soluções mais céleres e harmoniosas a esses pleitos. Nesse sentido, a autora Lílian Nássara Miranda Chequer dispõe que:

A propagação do dano, bem como a ameaça de dano, especialmente de caráter coletivo, demonstra a necessidade de uma nova compreensão da função judicial na tutela transindividual, devendo o Estado priorizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais coletivos<sup>238</sup>.

Assim, diante do quadro de encarceramento de mulheres o *habeas corpus* coletivo se põe como instrumento jurídico viável à tutelar lesões e ameaças a direitos de uma coletividade. Em harmonia com o exposto o Ministro Ricardo Lewandowski, destaca em seu voto do HC nº 143.641 que:

(...) na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados<sup>239</sup>.

No que diz respeito ao conceito jurídico do *habeas corpus* coletivo, observa-se que há pouca doutrina que trabalhe esse tema. Contudo, a autora Lílian Nássara Miranda Chequer conceitua o *habeas corpus* coletivo como:

Uma ação coletiva Constitucional, com natureza de garantia Constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata e de interpretação ampliativa, cabível para tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas dimensões, sejam difusas, coletivas ou situações individuais que haja homogeneidade de questões de fato ou de direito, levando-se em consideração a *summa divisio* constitucionalizada, tendo em vista estar o *habeas corpus* previsto no art. 5º, LXVIII, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição da República de 1988<sup>240</sup>.

---

<sup>238</sup>CHEQUER, Lílian, N. M. **Habeas corpus coletivo**: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada dos direitos individuais e coletivos. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itáuna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. 2014, p. 85.

<sup>239</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**. Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 25.

<sup>240</sup> Op. cit. p. 88.

Quanto à aplicabilidade deste remédio Constitucional, Daniel Sarmiento ilustra a possibilidade de manuseio do *habeas corpus* coletivo nos seguintes termos:

(...) a violação à liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, pois as lesões e ameaças a esse direito podem alcançar um amplo contingente de pessoas. É o que acontece, por exemplo, quando o Estado impõe indevidas restrições coletivas à liberdade de presos encarcerados em determinado estabelecimento prisional, ou quando ameaça de prisão todas as pessoas que queiram participar de uma manifestação pública de protesto contra o governo. Em tais hipóteses, o ato ilegal de constrangimento à liberdade de ir e vir dos indivíduos adquire uma dimensão coletiva, não sendo razoável exigir que cada pessoa potencialmente atingida tenha de figurar como paciente em um *habeas corpus* específico<sup>241</sup>.

Segundo a autora Lílian Nássara Miranda Chequer a tutela inibitória no *habeas corpus* coletivo se fundamenta no princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva é:

uma das vertentes do princípio Constitucional do acesso à Justiça aplicado à tutela coletiva, previsto expressamente no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 90) 296 e aplicável na defesa de todos os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por força do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, art. 21)297. O CDC (Lei nº 8.078/1990) e a LACP (Lei nº 7.347/1985) compõem um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum, com normas de superdireito processual coletivo<sup>242</sup>.

Ademais é importante observar que a utilização da tutela inibitória no *writ* coletivo também se funda no Direito Processual Penal o qual admite como fonte a analogia. A este respeito o artigo 3º do Código de Processo Penal traz a possibilidade de utilização da analogia ao prever que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”<sup>243</sup>.

Dessa forma, o *habeas corpus* poderá ser utilizado por meio de uma aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública. Além do mais, como esses institutos formam o microsistema coletivo, o *habeas corpus* coletivo, como espécie de ação coletiva que é, sempre poderá utilizá-los, quando adequados, garantindo a maior eficácia da tutela pretendida.

---

<sup>241</sup> SARMENTO, Daniel; BORGES, A.; GOMES, C. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem Constitucional brasileira**. 2015, p. 6.

<sup>242</sup> CHEQUER, Lílian, N. M. **Habeas corpus coletivo**: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada dos direitos individuais e coletivos. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. 2014, p. 92.

<sup>243</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.869 de 1941.

É importante salientar que o “*habeas corpus* coletivo possui a mesma essência do *writ* individual, contudo é utilizado quando uma coletividade está com seu direito de liberdade de locomoção ameaçado ou lesado, configurando um constrangimento ilegal”<sup>244</sup>.

Nestes termos, o procedimento do *habeas corpus* coletivo segue os princípios e diretrizes consagrados na Constituição, no Código de Processo Penal e, no que couber, do microsistema de direito processual coletivo (arts. 90 do CDC e 21 da LACP). “Em linhas gerais, o procedimento do *habeas corpus* coletivo segue o procedimento do *writ* individual”, especialmente, no que tange a sua simplicidade e sumariedade que visa à obtenção rápida da cognição judicial sobre a coação ilegal alegada<sup>245</sup>.

Aplica-se, portanto, o Código de Processo Penal quanto aos requisitos da petição inicial, como a identificação da autoridade coatora, a demonstração da ilegalidade ao direito de locomoção coletiva. Contudo, haja vista seu caráter coletivo e a amplitude de seu objeto, este possui algumas peculiaridades inerentes às ações coletivas as quais exigem a utilização de normas Constitucionais, processuais penais e do microsistema coletivo, a qual deve ser feita de forma simultânea e coordenada, a partir de uma interpretação que mais efetive o mandamento Constitucional de proteção da liberdade de locomoção<sup>246</sup>.

Posto isto, tem-se que o *habeas corpus* coletivo surgiu diante das necessidades de resguardar o direito de ir, vir e ficar de vários cidadãos o que decorre da massificação das relações e das violações de direitos. Nesse sentido, a autora Lílian Nássara Miranda Chequer observa que a liberdade de locomoção tem sua dimensão ampliada quando a violação do direito de liberdade ultrapassa a esfera individual<sup>247</sup>.

Desta forma, pode-se asseverar que o instituto do *Habeas Corpus* Coletivo é instrumento que visa tutelar uma pluralidade de pessoas, bem como de sanar problemas estruturais. A este respeito, é importante destacar que este tema também já foi tratado no parecer jurídico apresentado por Geraldo Prado no *habeas corpus* preventivo na forma coletiva impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em favor dos guardadores de veículos automotores nas ruas da cidade de Volta Redonda – vulgo

---

<sup>244</sup> Ibidem, p.73.

<sup>245</sup> CHEQUER, Lílian, N. M. **Habeas corpus coletivo**: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada dos direitos individuais e coletivos. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. 2014, p. 94.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 85.

flanelinhas'. Neste parecer jurídico o autor Geraldo Prado sustenta a tese de que “é cabível o *habeas corpus* coletivo nas hipóteses em que a ameaça à liberdade de locomoção tomar a forma de constrangimento dirigido a um coletivo de pessoas”<sup>248</sup>.

Outra hipótese em que houve a impetração de *habeas corpus* coletivo diz respeito ao caso em que houve a autorização do Toque de Recolher, o qual ensejou a impetração de *habeas corpus* coletivo em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>249</sup>. Este teve a liminar indeferida e o mérito posteriormente rejeitado.

A partir dos dois casos apresentados acima, verifica-se que o manuseio da modalidade coletiva no *habeas corpus* não é algo novo nos tribunais brasileiros.

Apresenta-se como aspectos positivos decorrentes do manuseio de ações coletivas, a celeridade, o descongestionamento da máquina judiciária, a promoção de isonomia nas soluções jurídicas, a promoção de acesso à justiça principalmente aos vulneráveis economicamente. Nesse sentido Daniel Sarmiento os enumera:

Em primeiro lugar, a tutela supra individual de direitos é medida necessária para se **evitar o congestionamento ocioso da máquina judiciária**. A reunião em um único processo de questões que poderiam estar diluídas em centenas ou milhares de ações importa em economia de tempo, esforço e recursos indispensáveis para que se possa atender ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

A coletivização de demandas de origem comum traduz, ainda, uma preocupação com a **isonomia no tratamento entre os jurisdicionados**. A um vasto contingente de ações corresponderia um elevado número de decisões, capazes de oferecer soluções contraditórias a um mesmo problema. (...)

Ainda mais importante, o tratamento coletivo de litígios individuais desempenha a relevante função na promoção do **efetivo acesso à justiça**, notadamente em relação aos mais necessitados. Em um país marcado por graves desigualdades sociais, o acesso real a direitos também continua profundamente assimétrico. A carência econômica impõe obstáculos materiais no acesso ao Judiciário, e a hipossuficiência cultural leva a que muitos lesados, pertencentes a grupos vulneráveis, sequer tenham consciência da violação ao seu direito e dos meios para remediá-la<sup>250</sup>.

Por todo o exposto, pode-se asseverar que o instituto do *Habeas Corpus* coletivo é um instrumento jurídico capaz de impactar em problemas estruturais presentes no sistema

<sup>248</sup>PRADO, Geraldo. **Parecer Jurídico** – consultoria jurídica no Recurso Extraordinário nº 0855810. Relator: Ministro Dias Toffoli. 2015, p. 4.

<sup>249</sup> Habeas Corpus Coletivo n.º 207720-SP (2011/0119686-3) Relator: Ministro Herman Benjamin Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Data do julgamento: 01/12/2011 Data da Publicação: DJe de 23/02/2012.

<sup>250</sup> Op. cit. pp. 5-6. Grifo nosso.

carcerário, promover acesso à justiça, gerar tratamento isonômico às partes e celeridade processual, principalmente, diante do quadro de encarceramento que se desenhou no decorrer do primeiro capítulo, o qual aponta que o tráfico de drogas vem sendo a causa do aprisionamento de um elevado número de mulheres.

É importante destacar que no caso em estudo há situação particularmente dramática, pois mulheres, gestantes ou mães e crianças vivem em um cenário que gera a violação de direitos à maternidade digna. As crianças ficam sem os cuidados maternos, ou não raro, se encontram encarceradas com as mães, sobretudo os recém-nascidos. Já os nascituros, são privados dos direitos básicos experienciando situações que violam sua dignidade desde o período da gestação.

Assim, diante do quadro de encarceramento de mulheres e, as intersecções de vulnerabilidades que as perpassam, o *habeas corpus* na sua modalidade coletiva ganha especial importância à concretização do acesso à justiça e como consequência se viabiliza o acesso à direitos como a maternidade digna e a primeira infância garantindo assim valores decorrentes da dignidade humana.

Destaca-se que no desenvolvimento da presente dissertação verificou-se que essas mulheres majoritariamente têm um quadro anterior de intersecção de violências, e com o encarceramento se impõe novas modalidades de violências decorrentes da inadequação dos espaços, a violação de direitos mínimos, imobilidade social e novas barreiras para o acesso à justiça.

No que diz respeito ao acesso à justiça, segundo o relatório do INFOPEN intitulado ‘Dar à luz nas Sombras’, uma das “principais angústias da pessoa presa giram em torno do desconhecimento de sua situação processual; por isso o acesso à justiça é direitos fundamentais que ganham especial relevância no contexto prisional”<sup>251</sup>.

Ao tecer o perfil de mulheres encarceradas, além de revelar que essas majoritariamente são vulneráveis economicamente, o que afeta o acesso à justiça, destaca-se o aumento exponencial do encarceramento de mulheres aponta que a questão penitenciária alcança âmbito social e político preocupante que não pode ser respondido de forma

---

<sup>251</sup>IPEA. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015. P. 72.

individual, uma vez que “a prisão tornou-se uma política pública praticada de forma sistemática e em massa pelo Estado”<sup>252</sup>.

Em reforço ao exposto, o relatório do IPEA aponta que a questão:

Longe de ser um problema individual, o encarceramento é uma questão social e política, logo, seu enfrentamento deve se dar em âmbito coletivo e estrutural e, não individual. **A prisão de milhares de mulheres não têm resolvido a questão da segurança pública, e tem impactado de forma violenta não só essas mulheres, mas, indiretamente, suas filhas e filhos.** (...) Particularmente em relação às mulheres, seu aprisionamento pode ser compreendido a partir das condições estruturais que as colocam em posição de vulnerabilidade perante o sistema de justiça, e, quando presas, a vulnerabilidade de seu núcleo familiar é agravada. Por isso o atendimento jurídico à mulher presa deve ir além da esfera criminal, uma vez que a prisão atinge diversas esferas de sua vida<sup>253</sup>.

Conforme os dados apresentados no decorrer da dissertação é possível considerar que o crescimento da população feminina encarcerada é maior que a de homens presos. Isto posto, tem-se que o encarceramento de mulheres no Brasil ganhou contornos que exigem uma atenção especial, pois transcende o âmbito individual, exigindo uma resposta estratégica e coletiva.

Outra consequência decorrente do aprisionamento é que as mulheres encontram maiores dificuldades para o acesso à justiça<sup>254</sup>. No caso das mulheres presas, tem-se que pelo perfil trata-se de seguimento interseccionado por diversas vulnerabilidades que aprofunda dificuldades no acesso à justiça.

É preciso considerar também que as mulheres envolvidas na cadeia do tráfico de drogas são as mais vulneráveis economicamente, uma vez que ocupam os postos subalternos e, portanto, tem menor poder econômico e de mando. Outro aspecto peculiar que alcança as mulheres em cárcere são os familiares, pois estes normalmente são pessoas que ajudam a acompanhar o andamento do processo. Contudo, conforme pesquisa realizada pela autora Amanda Silveira, majoritariamente, as mulheres encarceradas ficam desassistidas dos familiares<sup>255</sup>. Esta situação dificulta o acompanhamento do processo.

Ante esse cenário, é possível depreender a importância do *Habeas Corpus* coletivo para a promoção do acesso à justiça, pois é remédio Constitucional impetrado na segunda

---

<sup>252</sup> Ibidem, p, 75.

<sup>253</sup> Idem. Grifo nosso.

<sup>254</sup> Op. cit. , p, 75.

<sup>255</sup> SILVA, Amanda da. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 41.

turma do STF na forma de ação abstrata/coletiva. Assim, é importante instrumento para a garantia do direito a primeira infância por meio da concessão de prisão domiciliar às mulheres presas no Brasil que são mães de crianças de até 12 anos, ou gestantes desde que não haja crime com violência e não tenham sido condenadas.

## 2.2. O CONTEXTO DE FORMULAÇÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO E SUJEITOS ENVOLVIDOS

As questões e complexidades que perpassam o sistema carcerário brasileiro têm ganhado espaço na discussão social, político e midiático. Na contemporaneidade, o debate sobre o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário vem se ampliando e alcançando outros locais. Dentre eles está o campo da academia.

Destaca-se, que uma das razões à expansão do tema está consubstanciada no aumento da população carcerária que, em junho de 2016, ultrapassou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90<sup>256</sup>.

Este aumento na população prisional resulta em um estado de superlotação que se agrava por não haver estrutura adequada para custodiar pessoas, o que gera violação massiva de direitos perpetrada pelo Estado.

Em razão deste cenário, em maio de 2015, foi impetrada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), em cuja apreciação cautelar o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a falência do sistema prisional brasileiro; a superlotação generalizada; a incidência de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; a suscetibilidade ao adoecimento físico e mental; a privação de condições de autocuidado e de acesso a políticas públicas universais<sup>257</sup>.

Tem-se que a ADPF 347 inaugurou um espaço, no judiciário de questionamento a âmbito nacional do sistema prisional e, à vista disso o coletivo CADHu se colocou a empreitada de potencializar o iniciado pela ADPF 347, intensificando a percepção das violências inscritas no cárcere, voltando o olhar do debate para perceber as formas como as

---

<sup>256</sup> INFOPEN Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017, p. 9.

<sup>257</sup> BRASIL. STF. **ADPF347/DF**, Pleno do STF, Ministro Relator Marco Aurélio. DJe 09.09.2015, p. 4-7

mulheres a experimentam e seus impactos. Assim, em novembro de 2018, as integrantes do CADHu distribuíram entre si a tarefa de construir um *habeas corpus* coletivo em favor de todas as mulheres encarceradas no Brasil<sup>258</sup>.

Observa-se que o movimento de formulação da petição inicial se iniciou antes da aprovação da Lei nº 13.257/2016, o Marco Legal da Primeira Infância visando proteger direitos das mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentam a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças, quer gestados no cárcere, quer institucionalizados em decorrência da privação de liberdade das genitoras<sup>259</sup>.

Salienta-se que, com a impetração do *habeas corpus* coletivo as impetrantes buscavam litigar na defesa de Direitos Humanos para interromper violações, prevenir a reiteração e circular dados e argumentos que provoquem a emergência do tema no debate público<sup>260</sup>.

O coletivo CADHu destaca que a entrada em vigor do Marco da primeira infância, ao criar mais um mecanismo alternativo à privação de liberdade em ambiente carcerário, exigiu a necessidade de realizar uma escolha estratégica, priorizando o pleito em favor das presas provisórias, ou seja, sobre as quais não recai condenação<sup>261</sup>.

Nesse sentido, a modificação legal trouxe duas implicações necessárias, uma vez que, na mesma intensidade que se potencializou a proteção de direitos de presas provisórias e, portanto, sem condenação, obstaculizou a possibilidade de se pleitear tal tutela jurídica às mulheres que estão em igual situação das anteriores, contudo, condenadas.

Quanto à contextualização de desenvolvimento do *habeas corpus*, destaca-se que as requerentes observam que algumas questões fomentaram a sua impetração bem como influenciaram a decisão. A primeira diz respeito à própria modificação legal que trouxe a possibilidade de aplicação de prisão domiciliar às mulheres mães ou gestantes<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 13.

<sup>259</sup> BRASIL. STF. **Petição Inicial do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 3.

<sup>260</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 17.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 13-15.

A outra situação diz respeito ao episódio envolvendo a prisão preventiva de Adriana Ancelmo<sup>263</sup> no *habeas corpus* nº 383.606/RJ-2016 em que atrelado a este caso, a petição inicial incita uma reflexão quanto a atuação do judiciário nos seguintes termos:

Em consulta feita por meio da ferramenta de busca do STJ, constata-se que a **substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres gestantes ou com filhos pequenos foi negada em aproximadamente metade dos casos**. Os argumentos para tanto, vão de considerações sobre as condições pessoais da mulher, apurada a partir da gravidade do delito supostamente praticado, à alegação de necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto<sup>264</sup>.

Com a constatação de que na maioria dos casos a ordem de prisão domiciliar é denegada, as peticionárias trazem o caso de Adriana Ancelmo como forma de apontar a desigualdade com que mulheres vêm usufruindo da aplicação da prisão domiciliar e, portanto, justificar a necessidade de impetração de *habeas corpus*, na sua forma coletiva, para promover acesso mais igualitário à medida legal. Nesse sentido segue trecho da petição inicial:

O impacto desproporcional ficou ainda mais evidente no **episódio envolvendo a prisão preventiva de Adriana Ancelmo, ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro**. Sua prisão preventiva foi determinada no âmbito da Operação Calicute do Ministério Público Federal e logo substituída por prisão domiciliar pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **O episódio, que poderia simplesmente indicar a correta aplicação da lei, expôs a enorme seletividade do sistema de justiça, que mantém as demais mulheres gestantes, puérperas ou mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade no encarceramento**<sup>265</sup>.

A partir do trecho colacionado considera-se que a exordial não questiona a adequação ou inadequação da medida aplicada à Adriana Ancelmo, mas sim de usar o caso para fundamentar a seletividade presente no sistema de justiça. Para dar reforço ao exposto, destacam o caso de Jéssica Monteiro como um dos que ajudaram a evidenciar essa desigualdade.

O caso em questão diz respeito a uma moradora de ocupação no Centro de São Paulo que quando foi presa tinha 24 anos, estava grávida de quase nove meses e tinha filho de três anos de idade. Os policiais a prenderam em flagrante com 90g de maconha, sob acusação de tráfico de drogas<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> Advogada, mãe de criança menor de 11 anos e 11 meses a época da prisão e, casada com Sergio Cabral, ex-governador do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>264</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição Inicial do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 15. Grifo nosso.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 3-4. Grifo nosso.

<sup>266</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL- notícias, 2018.

Após ter chegado ao Distrito Policial, começou a sentir contrações e, no dia seguinte, 11 de fevereiro, foi levada ao hospital, e assim nasceu Enrico. Dois dias depois, o TJSP a manteve presa com seu filho recém-nascido por considerá-la de alta periculosidade. O caso de Jéssica alcançou repercussão midiática<sup>267</sup> com a divulgação da sua imagem sentada, atrás das grades, em um colchão no chão com o pequeno Enrico no colo<sup>268</sup>.

Tal situação mobilizou a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados de São Paulo, que conseguiu, por meio de *habeas corpus*, a prisão domiciliar à Jéssica enquanto esperava o julgamento<sup>269</sup>.

O caso durou seis dias e, segundo as impetrantes, “a repercussão midiática ajudou sensibilizar o Supremo Tribunal Federal - STF, pois em 20 de fevereiro, poucos dias depois da soltura de Jéssica, a 2ª Turma do STF julgou *habeas corpus* coletivo dando procedência aos pedidos”<sup>270</sup>.

Observa-se que os dois casos descritos acima compuseram o cenário de desenvolvimento do *habeas corpus* coletivo e formaram base de argumentação que chama atenção à “seletividade da segurança pública” no sistema de justiça criminal que se apresenta como forma de controle sobre os “indesejáveis”, principais alvos do poder punitivo<sup>271</sup>.

Segundo Eugênio Raul Zaffaroni “o sistema penal é constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, pretende afirmar-se como sistema garantidor de uma ordem social justa”<sup>272</sup>. Essa pretensão não alcança concretude, e como assevera Nilo Batista, o real desempenho do sistema penal contradiz essa aparência. Assim afirma:

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas<sup>273</sup>.

---

<sup>267</sup> **Jornal Estadão**. <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,mulher-que-ficou-presa-com-filho-recem-nascido-em-cela-deixa-penitenciaria-em-sao-paulo,70002193173>>. e **Jornal El País**. <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/16/politica/1518805121\\_136964.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/16/politica/1518805121_136964.html)>

<sup>268</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 26.

<sup>269</sup> Idem

<sup>270</sup> Op. cit.

<sup>271</sup> ZAFFARONI, Eugênio, R. **Manual de derecho penal**, Buenos Aires, ed. Ediar, 5º Edição. 1986. p. 32.

<sup>272</sup> Idem.

<sup>273</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11º Ed. 2007, p. 25.

Ainda sobre o tema, pesquisa publicada na revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro intitulado ‘A seletividade do sistema penal’ por Raquel Alves Rosa da Silva assevera que:

A seletividade do sistema penal é enxergada na concentração de olhares nas camadas mais vulneráveis da sociedade. Atuando de acordo com a falsa ideia de que os menos favorecidos cometem mais crimes, as instituições estatais acabam por trabalhar com mais enfoque neles, fazendo com que, estatisticamente, isso se torne uma verdade falaciosa. O fato de haver maior foco nas classes mais economicamente desprivilegiadas faz sim com que os números apontam uma maior delinquência nessa camada da sociedade brasileira. Entretanto, o que não se pode jamais esquecer é que essas estatísticas são baseadas em um olhar de procura diretamente nos desfavorecidos, havendo, em verdade, uma análise mais benevolente e superficial com relação à classe média e alta da sociedade brasileira<sup>274</sup>.

O exposto pela autora é corroborado pelo INFOPEN ao revelar a super-representação da população negra nos cárceres. Segundo os dados, 64% da população prisional é composta de pessoas negras, sendo que o percentual total da população negra no Brasil é de 53%. Quanto às mulheres, dados nacionais apontam que 62% se autodeclaram negras e 37% se autodeclaram brancas<sup>275</sup>.

Assim, o cárcere ser composto majoritariamente por mulheres negras revelam que as interseções de gênero, raça e classe as posicionam nos cargos mais vulneráveis e nas bases do tráfico de drogas. Por conseguinte, elas são mais fáceis de serem detectadas pelo sistema penal.

Soma-se ao exposto, que o ideário social, ainda presente, quanto as pessoas negras e mulheres serem detentoras de menos direitos historicamente. À vista disso, “se alguns estão consolidados no imaginário social como portadores de humanidade incompleta, torna-se natural que não participem igualmente do gozo pleno de Direitos Humanos”<sup>276</sup>.

Este imaginário social repercute nas abordagens, operações, procedimentos de flagrante, cumprimento de prisões, investigações e respeito aos limites Constitucionais como a proteção ao domicílio. Da mesma forma que há pessoas que exercitam mais direitos humanos e exercitam menos direitos humanos há pessoas que gozam de maior presunção de inocência e menor presunção de inocência<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> SILVA, Raquel Alves Rosa da. A Seletividade do Sistema Penal. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro** - EMERJ. 2014, p. 20.

<sup>275</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2014, p. 65p. 40

<sup>276</sup> CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011, p. 15.

<sup>277</sup> CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011, p. 15.

“pela prevalência da concepção de que certos humanos são mais ou menos humanos do que outros o que, conseqüentemente, leva a naturalização da desigualdade de direitos.”.

Toda esta conjuntura dirige as atuações de todas as pessoas em sociedade inclusive os agentes que compõe a segurança pública fomentando ações diferentes em determinados bairros, à determinadas pessoas e gerando ações seletivas.

A inicial, ao embasar a construção do *habeas corpus* em argumentos de seletividade do sistema penal, aponta que o sujeito de direito detectado no cenário é tanto a mulher quanto a criança. Contudo, a partir da ideia de seletividade penal, percebe-se que as peticionárias deram enfoque ao sujeito de direito mulher, pois a desigualdade no acesso a ordem se manifesta em razão da seletividade que recai à mulher e não à criança. Nesse sentido destacam:

Constitui, ademais, ato discriminatório. Num contexto marcado pelo aumento expressivo do encarceramento feminino associado ao tráfico de drogas, ao ponto de consistir este a causa para o confinamento de 64% das mulheres em situação de privação da liberdade, a disciplina rigorosa do tráfico, a alta cominação de penas e a sua equiparação a crime hediondo, bem como a vocação seletiva da segurança pública impactam desproporcionalmente as mulheres. Somando a dramática inadequação do cárcere, tem-se uma política criminal flagrantemente discriminatória, pelo desproporcional impacto sobre as mulheres e suas famílias<sup>278</sup>.

No que diz respeito à autoridade coatora, as impetrantes colocaram todos os juízes e juízas que compõem as varas criminais no Brasil no polo passivo da ação. É importante observar que ao adotar essa posição, apontam à atividade judiciária como a produtora de atos envoltos em ilegalidades. Nesse sentido, segue trecho que evidencia o exposto:

MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça, **todos são autoridades coatoras na manutenção da submissão de mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças em excessivo encarceramento preventivo, em péssimas condições de detenção que impedem a existência digna dessas encarceradas enquanto mulheres no sistema prisional inconstitucional brasileiro.** Como afirmado por este E. Supremo na já mencionada medida cautelar na ADPF 347, **o sistema prisional inconstitucional se nutre se uma falha sistêmica que envolve também o Judiciário**<sup>279</sup>.

Por fim, aponta-se que os dados aproximados quanto à quantidade de mulheres gestantes e mães em cárcere também influenciaram a formulação e construção do *habeas corpus* coletivo que a época registrava a existência de 563 mulheres gestantes, 357 em fase de aleitamento e 1803 crianças inseridas em estabelecimentos prisionais do país<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Petição Inicial do HC N° 143-641-SP**, 2017, p. 3.

<sup>279</sup>Ibidem, p. 16. Grifo nosso.

<sup>280</sup>BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). INFOPEN Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017. p. 31-34

Com a decisão do STF, se estima que 4.500 mulheres poderão ser abarcadas pela decisão sendo, 622 grávidas/lactantes. Incluindo as mães e gestantes, o coletivo CADHu espera que aproximadamente 10% do total de presas no Brasil sejam alcançadas<sup>281</sup>.

### 2.3. DA ANÁLISE DA PETIÇÃO INICIAL

A construção dos argumentos na petição inicial parte de alguns sustentáculos chaves que estão pautados em argumentos Constitucionais tais como violação de Direitos Humanos, decorrente da inadequação da arquitetura do sistema carcerário e portanto, pautado no valor Dignidade da pessoa Humana, no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e no princípio da presunção de inocência.

Entrementes, o *habeas corpus* especificamente se propõe, por meio dos fundamentos Constitucionais acima identificados, apontar um estado de violação de Direitos que contradiz princípios de prioridade absoluta e melhor interesse da criança. Especificamente, no que tange a forma coletiva do *habeas corpus*, considera-se que o remédio Constitucional busca impactar reduzindo as violações à dignidade das pessoas envolvidas no cenário de aprisionamento de mulheres por meio da potencialização do acesso à justiça no que diz respeito ao instituto da prisão domiciliar à mãe de criança até 12 anos incompletos ou gestante não condenada em crime e que não haja incorrido em crime que envolve violência.

Assim, a finalidade precípua da impetração do remédio Constitucional, na sua modalidade coletiva, está pautada na necessidade de garantia do acesso à justiça mais igualitária tanto às mulheres como às crianças. Nesse sentido, segue trecho da petição:

Este habeas corpus coletivo **busca tutelar os direitos de mulheres submetidas ilegalmente ao encarceramento** – tendo em vista a possibilidade de substituição por prisão domiciliar -, **que não usufruem do devido acesso à justiça** e que compartilham, todas, do mesmo status de gestante, puérpera, mãe. Conceder o habeas corpus a uma, duas, algumas, como se tem visto, é criar, pela via do Judiciário, uma odiosa forma de **discriminação**<sup>282</sup>.

A partir deste argumento é importante destacar que o acesso desigual a mecanismos que façam cessar violações ou concretizam direitos, acabam por se tornar meios de se perpetuar injustiças criando um ciclo vicioso que faz com que o sujeito de direito se torne refém da situação.

---

<sup>281</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 27.

<sup>282</sup> BRASIL. STF. **Petição Inicial Do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 11. Grifo nosso.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti destaca que para o acesso à justiça efetivo são necessárias algumas armas e, quando estas são ausentes, se tornam obstáculos a serem transpostos pelas partes para o acesso à direitos. Dentre estes obstáculos o autor destaca os recursos financeiros como mecanismos que potencializam a efetivação do acesso à justiça<sup>283</sup>.

Segundo Maria Tereza Aina Sadek, o acesso “à justiça é a porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade”<sup>284</sup>, mas para um acesso efetivo é necessário transcender obstáculos que vão além da legalidade<sup>285</sup>.

Boaventura de Sousa Santos assevera que:

O acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar<sup>286</sup>.

Voltando a atenção ao acesso à justiça de forma mais específica ao cenário de pessoas presas, observa-se que às mulheres presas, apresenta outros obstáculos específicos a essa realidade e ganham especial relevância neste cenário.

Segundo o relatório ‘Dar à luz nas sombras’, no que diz respeito ao acesso à justiça, por meio de visitas aos estabelecimentos prisionais femininos brasileiros, as presas, ao serem questionadas quanto a seu processo, afirmaram que não tinham advogada ou não a conheciam. Dessarte, os resultados detectados pelo grupo de pesquisadores do IPEA são de que neste cenário a concretização de tal direito é reduzida em razão da insuficiência de Defensorias Públicas no Estado, bem como por não haver fluxos que sistematizam o contato entre defensora e assistida o que inviabiliza os problemas e as dificuldades das presas de chegarem ao conhecimento da justiça<sup>287</sup>.

O Relatório também constatou que em muitos dos estabelecimentos visitados, frente à falta de defensoras, outras funcionárias do sistema de justiça (técnicas jurídicas, diretora,

<sup>283</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988p. 21.

<sup>284</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170,

<sup>285</sup> Ibidem, 2014, p. 60.

<sup>286</sup> SANTOS, Boaventura, de S. Condições republicanas para a democratização e modernização do judiciário: Entrevista. **Constituição & Democracia**, Brasília. 2006, p.114.

<sup>287</sup> IPEA, **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015, p. 72.

assistente social, delegadas) acabam fazendo o trabalho de defesa, peticionando ao judiciário direitos de execução penal e pedidos de prisão domiciliar em nome das presas<sup>288</sup>.

Em Dissertação de Mestrado, a autora Nathália Gomes Oliveira de Carvalho ao estudar o acesso à justiça de detentas, a partir de suas cartas, aponta alguns dos complicadores à essas mulheres na concretização desse direito. Nesta dissertação, a partir da carta escrita por Rubi<sup>289</sup>, natural da Rússia presa por tráfico de drogas, é possível depreender as dificuldades de uma estrangeira no cárcere em razão da língua e a ausência de estrutura que interseccionam diferentes dificuldades de acesso à justiça. Nesse sentido segue trecho da carta de Rubi:

Depois de **chegar aqui sem saber falar uma palavra em português sofri muito**, vivi aqui na cadeia coisas que nunca vou me esquecer apesar de Russa, os sofrimentos dos meus pais, não chega a metade dos daqui, pois infelizmente este país não tem identidade. Somos um povo, que sabemos ajudar e conhecemos o que é ser solidários, **aqui tudo é diferente, aqui vocês mesmo se matam, por falta de amor e de uma vida decente, as crianças aqui já nascem sem direito, imagine o adulto, aqui a justiça é muito injusta, e deixa de ver como a mulher sofre aqui em Brasília capital do Brasil, não entendo**<sup>290</sup>.

Não tive defesa, fui simplesmente jugada, e condenada sem provas concretas por um crime que não cometi. A lei ainda garante pelo código penal LXXIV que o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita de recursos, meu caso. Assistência jurídica lei nº 1.060 defensoria pública, lei complementar nº 80 de 12.1.1994. **Para que tantas leis se mesma assim ninguém, quer ver a verdade, que somos desamparadas, por elas, quando não temos o maldito dinheiro.** Ao homem que mais será dado, mais a ele seria cobrado<sup>291</sup>.

A finalidade de colacionar este trecho se centra em apresentar as diversas dificuldades para a promoção de acesso à justiça. No caso em tela verifica-se que mulheres estrangeiras são perpassadas por especificidades decorrentes de sua origem em que a língua e a cultura se tornam verdadeiros obstáculos à concretização de direitos e reduz possibilidade de acesso à justiça.

A esse respeito, percebe-se que a pavimentação do acesso à justiça é realizada e sentido de forma desigual na sociedade. Contudo, à administração da justiça há complexos condicionantes que determinam a experiência concreta de indivíduos que resultam na assimetria da defesa de seus interesses. Dentre as complexas determinantes, pode-se destacar

---

<sup>288</sup> Idem.

<sup>289</sup> Observa-se que este nome é fictício.

<sup>290</sup> CARVALHO, Nathália Gomes Oliveira de. **Vozes Silenciadas: percepções sobre o acesso à justiça em cartas das presas**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 62.

<sup>291</sup> Ibidem, 2017, p. 64.

os obstáculos econômicos, fatores sociais e culturais e tais determinantes somente podem ser combatidas com a formulação de respostas adequadas o que é possível ser construído quando há nitidez sobre suas causas<sup>292</sup>.

Por tais razões, o *habeas corpus* coletivo tem sua importância ampliada diante de todo cenário tecido no decorrer da presente dissertação.

Por fim, considera-se que vários foram os argumentos desenvolvidos no decorrer da petição os quais se apresentam como pilares que se direcionam a tutelar direitos de dois sujeitos, tanto da mãe como da criança. Como forma de deixar demarcados os sujeitos de direitos destacados em cada argumento desenvolvido na petição; comporá subtópico deste tópico os argumentos Constitucionais detectados na ação ressaltando, dentro de cada argumento, as figuras apresentadas como sujeito de direito à concessão da ordem.

### 2.3.1. Presunção de inocência

Vários são os argumentos jurídicos detectados na exordial. Com base no princípio da presunção de inocência considera-se que a petição inicial busca tutelar direitos de um grupo determinado de mulheres e as crianças ligadas pelo vínculo da maternidade. Para tanto, observa-se que a petição inicial aponta à determinação de prisão preventiva às mulheres, antes de transitada em julgada sua condenação criminal, como inconstitucional. Nesse sentido segue trecho da petição:

A Constituição de 1988 determina a concessão de ordem de *habeas corpus* sempre “que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Estabelece ainda que **ninguém será submetido ao cárcere, antes de transitada em julgada a sentença condenatória, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.**

No que tange ao exposto, destaca-se que a presunção de inocência aparece em inúmeras normas de Direito Internacional e integra o acervo produzido pelo Constitucionalismo em geral. Assim, o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão a prevê; o art. 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 mencionam o direito; o art. 6.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos traz a norma; o art. 8º, n. 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, também disciplina e garante a presunção de inocência.

---

<sup>292</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social.** In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 173.

É importante salientar que o artigo 5<sup>a</sup> parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil confere *status* Constitucional aos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte. Ademais, destaca-se que o princípio da presunção de inocência foi expressamente previsto na Constituição no art. 5º ao afirmar que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LVII - **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**<sup>293</sup>.

Destaca-se que este princípio, para a maioria da doutrina encontra nascedouro na Revolução Francesa<sup>294</sup> em que houve a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e estabeleceu no artigo 9º que “todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei<sup>295</sup>”.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU) também positivou a garantia da presunção de inocência no art. XI, 1 ao dispor que “toda pessoa acusada da prática de delito tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”<sup>296</sup>.

A partir dos diplomas normativos, o autor Leonir Batisti destaca que:

Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A **Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário**, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto, **na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar de um parâmetro temporal** e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo<sup>297</sup>.

Considera-se que apesar da garantia da presunção de inocência estar previsto expressamente nas Cartas, Pactos e Convenções de caráter universal ou regional não há uma

<sup>293</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CRFB, 1988.

<sup>294</sup>BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 215-216.

<sup>295</sup> No original: “*Tout hommeétant presume innocent, s’il est jugéindispensable de l’arreter, touterigueur que ne seratpas necessaire pourns’assurer de sapersonnedoitêtrésevéèmentreprimée par laloi*”.

<sup>296</sup> Ibidem, 1948

<sup>297</sup> BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

homogeneidade quanto a sua forma de redação, o que reflete nas diversas interpretações e âmbito de abrangência de tal direito.

Há de se destacar que juridicamente e historicamente a presunção de inocência e/ou não culpabilidade, no que diz respeito a sua origem, foi permeado por diversas divergências decorrentes das Escolas Penais italianas do século XIX e XX chamadas clássicas<sup>298</sup>, positiva<sup>299</sup> e escola técnica-jurídica<sup>300</sup>.

No que tange a doutrina nacional, considera-se que alguns doutrinadores entendem que foi adotada a presunção de inocência<sup>301</sup>. Contudo, outros postulam que foi acolhido pela Carta Constitucional brasileira o princípio da não culpabilidade<sup>302</sup>. Há ainda aqueles que afirmam que “a norma Constitucional em questão no inciso LVII, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal”<sup>303</sup>.

A este respeito, Paulo Rangel afirma que “a Constituição não presume a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’[...] Assim, melhor é dizer-se que se trata de “princípio de não culpabilidade”<sup>304</sup>.

Outros afirmam não haver diferença entre presunção de inocência e princípio da não culpabilidade<sup>305</sup>. Nessa linha, Gustavo Henrique Badaró assevera que:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito<sup>306</sup>.

---

<sup>298</sup> Cujos principais expoentes foram Ferri e Garofalo.

<sup>299</sup> Cujos principais expoentes foram Beccaria, Carrarra e Carmignani.

<sup>300</sup> Cujos principais expoentes foram Manzini e os irmãos Alfredo e Arturo Rocco.

<sup>301</sup> TOURINHO FILHO, Fernando, da C. **Processo Penal**. 31 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 63.

<sup>302</sup> MIRABETE, Julio, F. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.p. 45.

<sup>303</sup> SILVA, José, A. da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 158.

<sup>304</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.24-34.

<sup>305</sup> FERNANDES. Antônio, S. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 300.

<sup>306</sup> BADARÓ, Gustavo, H. **Direito Processual Penal - Tomo I**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 16.

Igualmente, Luiz Flávio Gomes, citando Jaime Vergas Torres, afirma que “não é possível distinguir presunção de não culpabilidade e presunção de inocência. Desse modo, o art. 27.2. da Constituição Italiana não faz outra coisa que consagrar o princípio da presunção de inocência”<sup>307</sup>.

Segundo Aury Lopes Júnior, no âmbito do Direito Penal, a presunção de inocência é princípio reitor do processo penal e o que viabiliza verificar a qualidade de um sistema penal através do seu nível de observância e eficácia<sup>308</sup>.

Com base no que explica Ferrajoli, a presunção de inocência é uma decorrência do princípio de jurisdicionalidade é forma de garantia da liberdade, verdade e segurança<sup>309</sup>. Em harmonia com o exposto Beccaria já afirmava que:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infringir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado<sup>310</sup>.

No que diz respeito a aplicação deste princípio, destaca-se que a presunção de inocência tem sua aplicação relacionada tanto ao tratamento conferido ao imputado quanto a forma de produção do material probatório durante a instrução processual. Daí o porquê este princípio foi invocado na petição inicial, pois, a inocência deve pautar todo o procedimento penal até a fase de julgamento, quando alcança certeza de culpa.

Observa-se que tal princípio, na fase processual, impõe dever negativo ao juiz, dado que antes do sentenciamento repousa o *status* de inocência à pessoa. Assim, não há espaço para se valorar a culpa na aplicação de medidas processuais restritivas de liberdade, mas tão somente a inocência, pois é este o *status* que deve recair sobre as pessoas até a certeza de culpa.

No presente *habeas corpus* o que se pleiteia é que prepondere a presunção de inocência, pois todo o conjunto de provas que poderá formar algum juízo de valor ainda está em construção. Assim, fundamentações a partir da reprovação da conduta, periculosidade e

---

<sup>307</sup> GOMES, Luiz, F. Sobre o conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência In: **Temas Atuais de Advocacia Criminal**, São Paulo: Etna, 1996a, p. 22.

<sup>308</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva, 2014, p. 2017.

<sup>309</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. Ed. Trotta. Título original: Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale . 2011, p. 549.

<sup>310</sup> BECCARIA, Cesare, B. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru SP: Edipro 2º ed, 2º triagem, 2011, p. 35.

frieza do crime tem como pano de fundo a valoração da culpabilidade por isso inoportuna, inaplicável e incabível no momento processual além de ser subterfúgio para a aplicação de prisões processuais automáticas e arbitrárias.

Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que:

O apelo à ‘presunção’ pouco tinha que ver com a ideia de consequência que a lei extrai de um fato conhecido para um fato desconhecido, significando, antes disso, uma atitude emocional de repúdio ao sistema até então vigente, no qual o acusado devia comprovar a improcedência da acusação, sob pena de suportar as consequências do *non liquet*<sup>311</sup>.

Magalhães Bolina aduz que:

A qualificação jurídica do princípio da presunção não se justifica por questões de técnica jurídica, trata-se de um princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal<sup>312</sup>.

Em conformidade com o exposto, Aury Lopes Júnior destaca que a presunção de inocência afeta diretamente a carga da prova do acusador diante da imputação do *in dubio pro reo*; a limitação a publicidade abusiva, e principalmente a vedação ao uso abusivo de prisões cautelares<sup>313</sup>.

Nesta acepção, Felipe Lascane Neto assevera que a presunção de inocência se coaduna como vertente de tratamento que deve ser conferida ao acusado ao longo do processo, se afastando da possibilidade de presumi-lo culpado. Sob esse enfoque, o princípio da presunção de inocência impede a concretização de prisões processuais automáticas<sup>314</sup>.

Diante dos trechos colacionados acima, pode se considerar que não há como presumir tecnicamente, no sentido filosófico ou jurídico, a inocência de uma pessoa submetida a um julgamento criminal por não haver sentido lógico ou probabilidade de se mensurar a inocência ou a culpabilidade na fase de instrução processual. Portanto, inaplicável a qualidade de culpado antes da certeza desta.

---

<sup>311</sup> GOMES FILHO, Antônio, M. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1991. No original: “L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”, p. 35-36.

<sup>312</sup> MAGALHÃES BOLINA, Helena. **Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência** (art. 32º, nº 2, da CRP). Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Vol. 70. 1994, p. 456.

<sup>313</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva, 2014, p. 220.

<sup>314</sup> NETO, Felipe, L. **O cumprimento de pena sem decisão transitada em julgado**: efetividade processual versus presunção de inocência. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018, p. 33.

Contudo, a partir de um valor ideológico, a expressão ‘presunção de inocência’ pode ser considerada como uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação ao legislador para garantia da liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal<sup>315</sup>.

Por outro lado, é importante destacar que, o Supremo Tribunal Federal teve como objeto de discussão a presunção de inocência no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e que nesta oportunidade a Corte reduziu a amplitude Constitucional conferida à presunção de inocência quando do sentenciamento de culpabilidade sem o trânsito em julgado.

Analisando tal *habeas corpus*, a autora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Mônica Bonetti Couto tecem considerações referentes a argumentos centrais na construção da decisão no que diz respeito a coisa julgada material, os efeitos decorrentes do instituto da sentença e da presunção de inocência. Nesta toada as autoras destacam que:

Há menção expressa ao princípio da presunção de inocência, na medida em que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se de um direito fundamental constitucionalmente assegurado ao indivíduo, consistente no fato de que somente será considerado culpado depois de uma decisão judicial na qual não comporta mais recurso. O intuito da norma Constitucional foi o de exigir o esgotamento da via judicial para a declaração de culpa do indivíduo. Prestigia-se nesse sentido o exercício do direito à ampla defesa e contraditório em toda sua extensão<sup>316</sup>

Assim, as autoras afirmam que “em virtude de o princípio da presunção de inocência estar assegurado na Constituição, não pode uma lei ordinária ou qualquer outro ato normativo dispor de maneira contrária ao seu conteúdo”. Nesse contexto, consideram que o acórdão do *habeas corpus* nº 126.292/SP proferido pelo Supremo Tribunal Federal viola o direito constitucionalmente assegurado e fere garantia Constitucional que é cláusula pétreas<sup>317318</sup>.

A partir dessa discussão doutrinária e jurisprudencial quanto ao princípio Constitucional da presunção de inocência, é importante voltar a atenção aos argumentos desenvolvidos na petição inicial. A partir do fundamento Constitucional presunção de

---

<sup>315</sup> GOMES FILHO, Antônio, M. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1991. No original: “L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”, p. 32.

<sup>316</sup> MARQUES, Samantha, R, Meyer-Pflug. COUTO, Mônica, B. A Presunção de Inocência, a Constituição e o STF: Comentários ao HC 126.292/SP. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP. v. 15 . n. 6 . set./dez. 2016. p. 404

<sup>317</sup> Ibidem, p. 405

<sup>318</sup> É importante destacar que este tema foi reaberto no STF por meio das Ação declaratória de Constitucionalidade - ADC 43, 44, 54 , nas quais se discute a possibilidade de início do cumprimento da pena antes de serem esgotadas todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado). Destaca-se que as ADC’s teve o julgamento suspenso, portanto, não decisão final.

inocência, detecta-se que as peticionárias apontam à ilegalidade do encarceramento preventivo de gestantes em razão da violação da excepcionalidade que a lei impõe ao encarceramento preventivo. Neste sentido destacam:

Sabe-se que a prisão antes de transitada em julgado a sentença condenatória deve ser excepcional, sabe-se que a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal não bastam para sua determinação. Sabe-se que a lei exige a consideração do rol de medidas cautelares e a demonstração de sua inocuidade. Sabe-se também que as novas hipóteses de substituição da prisão preventiva por domiciliar, oneram as autoridades judiciais quanto à justificativa da permanência de mulheres gestantes, mães e crianças no cárcere. O imperativo de excepcionalidade não tem, ainda assim, conseguido se impor no sistema de justiça criminal<sup>319</sup>.

A partir destes argumentos, as peticionárias trazem para o centro de seus fundamentos jurídicos as violações que atravessam o sujeito mulher em razão do desrespeito do imperativo de excepcionalidade que a lei Processual Penal e Constitucional estabelece. O exposto é corroborado porque a petição exordial confere destaque às violações que recaem às mulheres independentemente de serem mães ou gestantes uma vez que a Constituição e o Código de Processo Penal garantem a todos a aplicação de medida subsidiária a prisão quando não há trânsito em julgado. Assim, o caminho que as impetrantes apontam é: diante da presunção de inocência, deve privilegiar as medidas alternativas à prisão segundo a Constituição.

Voltando a atenção ao processo penal, segundo consenso doutrinário a presunção de inocência tem duplo papel, no qual se apresenta como regra de juízo ao exigir que toda a condenação criminal se faça com fundamento em prova legítima onde as dúvidas sejam dirimidas em favor do imputado fundamentado no princípio *in dubio pro reo* e como regra de tratamento a excepcionar as medidas que violem a condição de inocente consubstanciada no *favor libertatis*<sup>320</sup>.

Esse duplo papel determina a necessidade da comprovação dos fatos pelo órgão acusador, pois a priori se presume a dúvida em prol do réu, devendo ser tratado como inocente e, por conseguinte, não ter contra si adotada qualquer medida excepcional ou vexatória<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição Inicial do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 28.

<sup>320</sup> GOMES, Luiz, F. **Direito de Apelar em Liberdade**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996b, p. 41

<sup>321</sup> STUCCHI, Patrícia. O enfoque Constitucional da decisão de pronúncia in: **Processo Penal e Garantias Constitucionais**, Marco Antônio Marques da Silva (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 556.

Não obstante, é pacífico na doutrina que “a presunção de inocência não impede a prisão cautelar nem medidas tendentes a garantir o resultado do processo”<sup>322</sup>, desde que “calcadas em ordem escrita fundamentada de órgão jurisdicional competente”<sup>323</sup>, baseados em critérios de “proporcionalidade e de uma justificada necessidade cautelar”<sup>324</sup> ou mesmo “conveniência” processual<sup>325</sup>.

Também há corrente doutrinária que entende que a presunção de inocência é uma presunção relativa, ou seja, a presunção de inocência não é um valor absoluto, mas sim um princípio que terá de se conjugar com outros valores constitucionais, relacionados com os direitos de liberdades, garantias dos cidadãos, interesses da sociedade e instrução criminal. Portanto, parte da doutrina afirma que a presunção da inocência não impede as medidas cautelares pessoais ou reais, quando necessárias à boa aplicação da justiça<sup>326</sup>.

Em consonância com as discussões doutrinárias trazidas nesta fase da dissertação, verifica-se que a aplicação de prisão processual não deve se sustentar em argumentos que flexibilizam o princípio da presunção de inocência previsto constitucionalmente. Dado que antes da sentença não há sentido lógico, probabilidade ou como se mensurar a inocência ou culpabilidade no caso concreto de forma objetiva, visto que a fase processual, anterior ao sentenciamento, é carregada, substancialmente, da construção de provas para posterior verificação de culpa que ensejará o sentenciamento.

Portanto, é inaplicável tender a verificação de culpa, fundamentos que se sombreiam nela ou quantificá-la na fase de construção de provas. Neste correr, considera-se que o mais plausível legalmente, seria delinear a aplicação de prisão, antes da sentença judicial, na presunção de inocência tendo como demarcação lógica e limite para a aplicação da prisão processual, as hipóteses legais.

Por outro lado, considera-se que a petição inicial na construção dos argumentos no que tange a presunção de inocência, buscou destacar o uso em excesso de prisão preventiva em mulheres mães ou grávidas em cárcere, a violação da sua condição humana e o desrespeito ao

---

<sup>322</sup> GOMES, Luiz, F.; MAZZUOLI, Valerio, de O. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

<sup>323</sup> TUCCI, Rogerio, L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 330.

<sup>324</sup> BENTO, Ricardo, A. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartir Latin, 2007, p. 157.

<sup>325</sup> JAYME, Fernando, G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 32.

<sup>326</sup> VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 93.

caráter de excepcionalidade conferido a prisão na fase processual, tanto pela Constituição quanto pelo Código de Processo Penal.

### 2.3.2. Do princípio da Dignidade Humana e Melhor interesse da criança

De forma sequencial e lógica, no pedido inicial é desenvolvido outro argumento que se sustenta na permissão legal da concessão da medida prevista no artigo 318 IV e V do Código de Processo Penal. Como forma de evidenciar o exposto segue trecho da petição inicial:

A lei referida alterou o Código de Processo Penal, de modo a possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes, independentemente da idade gestacional, e mães de crianças, nos termos de seu artigo 318:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos<sup>327</sup>.

Na petição inicial é destacado que a modificação do artigo em questão nasceu do reconhecimento de que o encarceramento de mães e gestantes viola direitos fundamentais constitucionais das mulheres em estado de cárcere o que afronta o princípio da Dignidade Humana<sup>328</sup>, bem como, coloca as crianças em grave situação de risco, vez que o cárcere gera ciclos gravídico-puerperais desassistidos, o que implica em morte materna e fetal/infantil, afetam seu desenvolvimento e a posterior separação fragiliza vínculos fundamentais para um processo de socialização saudável e promotor de integração<sup>329</sup>.

Perante esse contexto, a manutenção do cárcere preventivo viola direitos de crianças e adolescentes bem como direitos das mulheres mães ou gestantes o que destoa da Constituição, bem com as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que tutelam direitos tanto das crianças como das mães. Como forma de ilustrar, segue trecho da petição inicial:

Observa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente garante acesso aos programas e às políticas de saúde e planejamento reprodutivo a todas as gestantes, inclusive as que estão em estado de cárcere, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. Garante ainda o acesso a um ambiente que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde

<sup>327</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *Petição Inicial do HC nº 143-641-SP*, 2017, p. 13.

<sup>328</sup> BRASIL. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO. **PL. nº 10.296**.

<sup>329</sup> IPEA. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015, p. 46-71.

para o acolhimento de filhas e filhos de mulheres submetidas à privação de liberdade - art. 8º e parágrafos da Lei 8.069/90<sup>330</sup>.

Somado ao exposto, as peticionárias seguem em seus argumentos, tecendo considerações na esfera Constitucional, quanto a precariedade dos espaços prisionais que privam as mulheres do mínimo existencial, impõe pena mais gravosa do que o permitido legalmente, bem como gera desencadeamento de violações às crianças envolvidas aviltando a dignidade destas desde o seu nascimento. Como forma de ilustrar, segue trecho da inicial:

A precariedade das instalações prisionais, sua inadequação às necessidades femininas e a desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos caracterizam tratamento desumano, cruel e degradante, nos termos do art. 5º, III, da Constituição Federal e fazem com que a prisão provisória extrapole os limites constitucionais da intervenção do poder persecutório-punitivo sobre o indivíduo (art. 5º, XLVI, XLVII, (a) e XLIX da Constituição Federal<sup>331</sup>.

O Texto Constitucional proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante<sup>332</sup>, veda sanções cruéis<sup>333</sup>, impõe a adequação do local de cumprimento da pena conforme o sexo<sup>334</sup>, garante a preservação da integridade física e moral das pessoas presas<sup>335</sup>, privilegia a presunção de inocência<sup>336</sup>, garante o direito de responder o processo penal em liberdade<sup>337</sup>.

Apesar do conjunto de garantias Constitucionais, dados do INFOPEN apontam que as unidades prisionais apresentam arquitetura em desconformidade com a Constituição. No que diz respeito aos espaços que comportam o exercício da maternidade, de todas as unidades presidiárias analisadas, 48 informaram dispor de cela ou dormitório adequado para gestantes (34% das unidades femininas e 6% das unidades mistas); quanto aos berçários ou centros de referência materno-infantil existem em 32% das unidades femininas e em 3% das unidades mistas; as creches, em 5% das unidades femininas e em nenhum dos estabelecimentos mistos e que a maior parte das mulheres se encontram encarceradas em unidades mistas de privação de liberdade<sup>338</sup>.

A Lei de Execução Penal estabelece em seus artigos 82º e 83º que "os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, onde as

<sup>330</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Petição inicial do HC nº 143-641-SP, 2017, p. 29.

<sup>331</sup> Idem, p. 3.

<sup>332</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 5º, III.

<sup>333</sup> Ibidem, .art. 5º, XLVII, "e".

<sup>334</sup> Ibidem, art. 5º, XLVIII.

<sup>335</sup> Ibidem, .art. 5º, XLIX.

<sup>336</sup> Ibidem, .art. 5º, LVII.

<sup>337</sup> Ibidem, art. 5º, LXVI.

<sup>338</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2017, p. 28-33.

condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 (seis) meses de idade"<sup>339</sup>.

Seguindo tais argumentos, a petição exordial aponta que a Lei de Execução Penal impõe ao Estado o dever de dispor de penitenciárias femininas com seção para gestantes e parturientes, bem como de creches para abrigar as crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos (artigo 89º). Na sequência determina que as mulheres fiquem em "estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal" (em seu artigo 82, §1o) e que "será assegurado acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido"<sup>340</sup>.

É importante observar que as regras e as estruturas prisionais no Brasil se apresentam das mais variadas formas gerando pluralidades de situações em razão das diferentes leis penitenciárias que rege cada Estado. Assim, há Estados em que mulheres e crianças experimentarão maior intensidade de violações de direitos.

Nesse sentido, pesquisa de campo realizada por Mayana Camila Barbosa Galvão e Marie Barbosa Davim intitulada 'Ausência de Assistência à Gestante em Situação de Cárcere Penitenciário', constata que mesmo nos locais em que se verifica acesso ao pré-natal, como no Estado do Rio Grande do Sul, também há a insuficiência do contingente de profissionais e precariedade da estrutura de saúde para responder tempestiva e adequadamente a intercorrências. Neste sentido segue trecho da pesquisa:

Não fiz nenhum exame, não fiz pré-natal, fui pra maternidade sem exames, né. E que eu perdi [o filho] aqui dentro. Descobriram lá no hospital que eu tava com muita anemia, tomei cinco bolsas de sangue lá, soro, não estavam encontrando minha veia, eu não tinha sangue, não tinha nada. Quase que morro lá no hospital, deram um choque pra mim retornar de novo, fui lá pra UTI, passei muito tempo mal mesmo<sup>341</sup>.

[...] cheguei grávida aqui com sete meses, aí não sentia mexer muito, aí falei com a assistente social, disse a ela que eu não estava muito bem, pedi para marcar uma consulta. Ela disse que ia marcar, mas não consegui, que eu esperasse, porque estava sem vaga, e que ia levar umas grávidas primeiro, e que eu não ia ter agora porque eu estava com sete meses. Aí pronto, fiquei esperando, depois fui falar com ela de novo e ela disse que ia marcar uns exames, só que não marcou. Aí eu peguei e esperei, né, e não pedi mais [...]<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup>BRASIL. **Lei De Execução Penal nº 7.210**, 1984.

<sup>340</sup> Idem.

<sup>341</sup> GALVÃO, Mayana, C. B.; DAVIM, Marie, B. Ausência de Assistência à Gestante em Situação de Cárcere Penitenciário. 2013. **Revista Cogitare Enfermagem**, p. 455.

<sup>342</sup> Idem.

Não tive acompanhamento médico, tinha problema de pressão alta, ficava tendo dores fortes, inclusive veio até um papel do juiz pra eu sair, pra me levarem pra fazer o pré-natal, só que eles não me levavam, né [...]”<sup>343</sup>.

O pré-natal adequado é condicionante tanto à concretização do direito à saúde da mulher quanto de seus filhos. As impetrantes destacam que é por meio do pré-natal que se identifica infecções como sífilis, HIV, hepatites. É por meio de exames que detecta o risco de contrair doenças como rubéola, citomegalo, virose, toxoplasmose, bem como se prevenir o trabalho de parto prematuro, alerta às doenças hipertensivas da gestação, pré-eclâmpsia e síndrome HELLP, que inclusive podem causar óbito fetal. Assim, as petionárias destacam que além do “risco gerado pelo confinamento das mulheres em condições insalubres e degradantes, a gestante encarcerada é subtraída do alcance das políticas de saúde, em cujos termos toda gestante tem direito a, no mínimo, seis consultas de acompanhamento pré-natal”<sup>344</sup>.

A partir dos argumentos referentes à estrutura carcerária, observa-se que as petionárias analisaram violações de direitos que se estendem desde a gestação até, após o nascimento<sup>345</sup>.

Para facilitar a compreensão dos argumentos desenvolvidos bem como do sujeito que se visa proteger, os fundamentos apresentados serão descritos de forma fracionada de acordo com as diversas fases vivenciadas pelas mulheres gestantes e mães no cárcere. Em um primeiro momento se analisará o período gestacional, após o momento de dar à luz e por fim, o período pós-parto.

No que diz respeito à fase de gestação a petição exordial aponta às dificuldades de se garantir uma gestação saudável em razão da ausência de pessoal para efetivar o direito à saúde de mulheres e conseqüentemente das crianças em cárcere. Nesse sentido segue trecho da inicial que dispõe que:

(...)A série de privações a que são submetidas alcançam suas crianças de forma óbvia: a precariedade dos cuidados pré-natais e da assistência ao parto e a infâmia da estrutura prisional violam os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, ameaçam a vida, a saúde e o desenvolvimento de indivíduos merecedores de proteção integral e absoluta prioridade<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> Idem

<sup>344</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Petição Inicial Do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 18.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 18-24.

<sup>346</sup> Ibidem, p. 27.

Tal situação de violação de direitos é corroborada no livro ‘Pela liberdade’ que traz relatos de uma mãe que vivenciou parte do período gestacional em cárcere. Esta destaca tanto a ausência de estrutura física, como precariedades na garantia de direito à saúde. Como forma de evidenciar o exposto segue trecho:

Eu tinha que tomar 20 miligramas de manhã e 20 à noite. Em vez de me darem dois comprimidos, de 10 miligramas cada, a enfermeira da unidade me prescreveu dois comprimidos de 40 miligramas pra manhã e outros dois pra noite; 160 miligramas ao total. **Meu bebê ficou com taquicardia.** (...) Comecei sentir muita dor no tórax”. **Foram cerca de dez dias tomando a dosagem errada,** e quando Palloma foi se consultar a médica ficou alarmada e disse que ela precisava ser internada imediatamente **(a família precisou lutar judicialmente para que ela fosse atendida fora da detenção e, mesmo assim, ela era algemada para o transporte e ficava sem alimentação).** (...) Fui internada numa quarta e uma semana depois, em 13 de abril, **recebi o benefício da prisão domiciliar, mas me deram com uma condição: 30 dias após o parto eu teria que me apresentar com o bebê na unidade**”. “No final de abril, comecei a sentir que minha barriga estava murchando e no ultrassom foi constatado que o líquido amniótico estava baixando. **Se eu tivesse ficado presa meu filho teria morrido na minha barriga porque minha bolsa secou.** Minha ginecologista até disse que, segundo a experiência dela, isso aconteceu por causa do erro do Propranolol. **Otto estava previsto pra nascer 20 de junho, não 15 de maio, e por ser prematuro ainda ficou internado 17 dias numa UTI neonatal, entubado. E eu pensando o tempo todo que deveria voltar à prisão com aquele bebê tão frágil**”<sup>347</sup>.

A petição inicial também se atenta às violações que são desencadeadas no contexto do parto como a alegação de ausência de carro ou da ausência de escolta para condução das mulheres para local de atendimento de saúde quando iniciam o trabalho de parto. Destaca-se também que é negligenciado do direito a acompanhante no parto, as mulheres são desconsideradas na tomada de decisão que se imporá sobre seu corpo bem como são negligenciadas quanto a informações básicas sobre o procedimento que se operará. As peticionárias destacam vários casos como forma de evidenciar as violências. Nesse sentido segue trecho da petição:

Outras manifestações da inadequação do ambiente prisional para o exercício de direitos reprodutivos **emergem no contexto do parto.** No Rio de Janeiro, ganhou notoriedade o caso da penitenciária Talavera Bruce, onde uma **gestante, confinada numa solitária aos nove meses de gestação, deu à luz absolutamente só e desassistida.** No Distrito Federal, uma mulher presa, que teria solicitado socorro em avançado estágio do trabalho de parto, **deu à luz sobre um saco de lixo no corredor do presídio.** Segundo os responsáveis, **não teria havido tempo para acionamento da escolta.** Em São Paulo, uma mulher, presa provisoriamente por envolvimento com o tráfico de drogas, aos oito meses de gestação, foi recentemente indenizada pelo estado por ter sido submetida ao uso de algemas no Hospital Estadual de Caieiras. **A parturiente foi atada ao leito, pelas mãos e pelos pés, antes, durante e após o parto – procedimento padrão à época em São Paulo. A**

---

<sup>347</sup> CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade:** a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.p. 25.

ela tampouco foi concedida a presença de um acompanhante, como determina indiscriminadamente a Lei 8.080/1990<sup>348</sup>.

É importante salientar que o direito a acompanhante ganha maior importância no caso de mulheres em estado de cárcere, pois nesse contexto, quando estão desacompanhadas as vulnerabilidades são potencializadas decorrentes do estigma de presa o que facilita abusos em ambiente hospitalar e uso de algemas durante e depois do parto.

No que diz respeito ao momento do parto a autora Aneliza de Lima Torquato descreve que o procedimento vigente, conforme a rotina da Casa Mãe Penitenciária Feminina do Butantã, é que:

A gestante que está presa é levada para a maternidade mais próxima do presídio, **sem a presença de familiares, porque é proibido**. O acompanhamento é feito pela escolta. Após o parto, com os filhos já nos braços, as mães são encaminhadas para o setor Casa Mãe<sup>349</sup>.

O exposto demonstra que partos de mulheres sob custódia do Estado realizados nas celas ou nos pátios prisionais, não são incomuns no cenário prisional. Tais fatos demonstram à máxima indiferença do sistema aos direitos reprodutivos de mulheres presas, pois tratam a fase do parto como se fosse algo imprevisível ou inesperado<sup>350</sup>. Assim, segue trecho da inicial:

Parto, não é acidente ou evento incerto. Entretanto, o sistema de justiça criminal, em aparente estado de negação, desconsidera as condições do cárcere na determinação de prisões preventivas a gestantes, bem como as necessidades inescapáveis destas. O sistema prisional, por sua vez, falha persistentemente no reconhecimento, planejamento e no encaminhamento tempestivo de suas demandas. O Estado, portanto, cria e incrementa o perigo, a potencialidade de dano, a previsibilidade de perdas às mulheres e seus filhos<sup>351</sup>.

A partir destes argumentos, detecta-se que a petição exordial apresenta à mulher como sujeito de direito também no parto e que a violação destes direitos atinge diretamente sua dignidade como pessoa. Seguindo na análise quanto à próxima fase que se dá após o nascimento da criança, as impetrantes destacam tanto a precariedade do espaço prisional, posto a ausência de locais adequados às crianças, quanto o estado de isolamento total das mães que implica maior restrição da liberdade do que as que estão em regime fechado. Os argumentos levantados atravessam tanto a criança como a mãe.

---

<sup>348</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição Inicial do HC nº 143-641-SP, 2017, p. 20. Grifo nosso.

<sup>349</sup> TORQUATO, Aneliza, de L. **Percepção de mães sobre vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo -SP**. Dissertação de Mestrado na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências, 2014, p. 68.

<sup>350</sup> Op. cit.

<sup>351</sup> Ibidem, p. 22.

Ainda após o nascimento, a petição inicial descreve que para as mães, este momento é permeado pela certeza de separação. Em pesquisa intitulada ‘Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões’ as autoras Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti se debruçam a compreender as percepções de mães, em estado de cárcere, quando ao momento de separação de seus bebês. Nesse sentido segue trecho de entrevista com uma das presas:

Lucinéia, uma das presas entrevistadas, crítica não ter sido ouvida no processo e não ter podido falar que ela não quer o abrigo da sua filha, já que teria com quem deixá-la. (...) Logo, **junto à filha de seis meses e uns dias, Lucinéia espera a chegada do oficial de justiça e vive antecipadamente o drama da separação: ‘não tem nada para fazer, de repente o oficial leva como se fosse filho de cadela’**. Uma das dores de Lucinéia é não saber ou conhecer o destino da filha: ‘devia ter ciência pra onde minha filha está indo, ir visitar antes’, ‘pra mim eles vão estar levando um pedaço de mim e não sei pra onde vai’. Mas ela disse que vai descobrir, e que, assim que sair, vai ao abrigo para pegar a filha, nem que tenha que ‘acampar na porta e ir na Rede Record, Rede Globo...’. **No dia da nossa visita, Lucinéia já tinha a mala com as coisas da filha toda arrumada, na qual colocou uma cartinha direcionada às cuidadoras do abrigo, onde narra um pouco os hábitos e a personalidade da bebê, com a esperança que a filha receba um tratamento individualizado no abrigo e que as cuidadoras compreendam seu choro pela ‘saudade que ela pode sentir da mãe’<sup>352</sup>.**

Por fim, a petição inicial é encerrada destacando a responsabilidade do Estado como violador de direitos da mulher e de direitos das crianças diante das omissões na garantia de direitos. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho da petição:

A confluência de todos esses elementos demonstra que o Estado, no exercício de sua atividade persecutória, caracterizada pelo recurso abusivo à prisão cautelar, por suas ações e omissões, incrementa o risco de todas as gestações vividas em situação de privação de liberdade, de todos os partos experimentados neste contexto, do todo puerpério. Além de oferecer espaços superlotados, insalubres e desequipados, o Estado falha sistematicamente em garantir serviços adequados de saúde materna às mulheres privadas de liberdade. Frustra assim demandas de saúde específicas de mulheres e, dado que a ausência destes serviços oferece riscos reais à sobrevivência, como demonstram as altas taxas de mortes maternas no Brasil, viola também seu direito à vida. Ameaça, ademais, a vida e o desenvolvimento saudável de crianças, titulares, em tese, de absoluta prioridade, pela sujeição a um ambiente inadequado, pela privação do acesso à saúde e ao convívio familiar<sup>353</sup>.

Uma vez tecidos os argumentos usados na petição inicial os quais podem ser resumidos em argumentos constitucionais, legais e pesquisas científicas, que aproximam as questões de fato ao seu campo de estudo, detecta-se que a exordial buscou por meio destes argumentos confrontar as condições de encarceramento que aviltam a dignidade e a integridade das mulheres presas e de seus filhos. Assim, considera-se que todos os

<sup>352</sup> IPEA. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015, p. 65. Grifo nosso.

<sup>353</sup> BRASIL. STF. **Petição Inicial do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 26.

argumentos tecidos acima tiveram como finalidade apontar a violação do valor dignidade humana tanto das mães quanto das crianças.

Para tanto, as peticionárias destacam os diplomas internacionais adotados no âmbito do sistema global e regional de direitos humanos, entre eles destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo V; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, em seus artigos. 7 e 10; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seus artigos. 5 e 1131; os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas<sup>354</sup>; a Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, em seu artigo 1632; as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, assim como o corpo de normas constante das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras<sup>355</sup>.

No que concerne ao princípio da Dignidade Humana é importante aprofundar alguns conceitos e características decorrentes deste princípio. O tema encontra dificuldades de delimitação ou definição da dignidade da pessoa humana em razão da abstração e generalidade que perpassa o princípio.

O filósofo que teve importante contribuição para a delimitação do conceito da dignidade da pessoa humana foi Immanuel Kant ao definir o homem como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem. Assim, assevera que:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim<sup>356</sup>.

Segundo André de Carvalho Ramos a Dignidade é a qualidade inerente a todos os seres humanos, é o valor que separa o ser humano dos demais seres e objetos<sup>357</sup>. Nesse correr o autor afirma que:

A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa,

---

<sup>354</sup> RESOLUÇÃO 01/08, de 13 de março de 2008

<sup>355</sup> RESOLUÇÃO 2010/16 de 22 de julho de 2010.

<sup>356</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. – Petrópolis, RJ: Vozes ; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 68.

<sup>357</sup> RAMOS, André, de C. **Curso de Direitos Humanos**. 4º edição - Saraiva 2017. p. 77.

bem como assegura condições mínimas materiais de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente a sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente a nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.<sup>358</sup>

Considera-se que o princípio da dignidade da pessoa humana compõe o rol de princípios que são estruturantes do Estado de Direito Democrático, contudo, este é um enunciado normativo genérico dotado de maior grau de abstração, mas é princípio estruturante que inviabiliza pena de tortura e a garantia contra atos discriminatórios<sup>359</sup>. Ingo Wolfgang Salert destaca que a Dignidade é a qualidade intrínseca da pessoa humana:

É irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente<sup>360</sup>.

É importante pautar que o valor Constitucional da dignidade humana além de ser fundamento basilar da República Federativa do Brasil<sup>361</sup> é princípio direcionador da fundamentação de todos os demais direitos fundamentais e sociais. No plano Constitucional interno, o princípio da dignidade humana encontra-se positivado no artigo 1º e dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:**

(...)

**III - a dignidade da pessoa humana;**

Segundo destaca Uadi Lammêgo Bulos, os princípios Constitucionais fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, pois estes refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico e espelhando a ideologia do constituinte<sup>362</sup>.

Ingo Wolfgang Salert assevera que a dignidade independe de circunstâncias concretas, já que inerente a toda pessoa, ou seja, o postulado da dignidade da pessoa humana é garantia contra violação de direitos perpetrados contra qualquer pessoa, visto que todos são iguais em

<sup>358</sup> Idem.

<sup>359</sup> BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º ed. Rev e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012.p. 317.

<sup>360</sup> SALERT, Ingo, W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4º edição - Porto Alegre: Livraria do advogado. ed. 2006, pp. 41 – 42.

<sup>361</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Art. 1º III**.

<sup>362</sup> BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º ed. Rev e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012, p. 317.

dignidade. Assim, mesmo aqueles que cometeram as ações mais indignas e infames não podem ser sujeitos a desconsideração da sua dignidade, pois este é atributo intrínseco a pessoa humana<sup>363</sup>.

Nesta esteira, Jorge Miranda destaca que a igualdade em dignidade conferida aos seres humanos decorre de todos serem dotados de razão e consciência. Segundo o autor, este é elemento comum denominador de todos os seres humanos e que expressa a igualdade entre eles<sup>364</sup>. Diante do exposto, pode-se destacar que:

O princípio da dignidade humana é vetor que agrega em torno de si a unidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição. Quando o texto maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social. Por isso o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano independentemente do credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade do ser pensar e criar) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia e educação). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social a ignorância a opressão. A dignidade humana, reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. (...) A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância<sup>365</sup>.

Depois de trabalhados alguns conceitos e características que repousam sobre o princípio da dignidade humana, a qual, conforme demonstrado no decorrer da escrita é núcleo central e essencial no ordenamento jurídico. Como decorrente lógico deste raciocínio, se impõe a necessidade de tecer reflexões quanto a limitação deste direito no que diz respeito a sua característica de absoluto ou relativo.

Na contemporaneidade a doutrina converge em seus pensamentos, de forma que há correntes doutrinárias que consideram o princípio da dignidade humana como absoluto, ou seja, todos os outros princípios devem obediência irrestrita à dignidade humana. Esta é a posição assumida por Fernando Ferreira dos Santos, o qual anota que:

a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> SALERT, Ingo, W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª edição - Porto Alegre: Livraria do advogado. ed. 2006, p. 44.

<sup>364</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5ª ed. Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora: Lisboa. 2012, p. 183.

<sup>365</sup> BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4ª ed. Rev e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012, p. 320.

<sup>366</sup>SANTOS, Boaventura, de S. Condições republicanas para a democratização e modernização do judiciário: Entrevista. **Constituição & Democracia, Brasília**. 2006. p. 94.

A outra corrente é contrária a essa supervalorização do princípio da dignidade humana, pois para ela não será possível introduzir um princípio, seja ele qual for. Entre os autores desta corrente destaca-se o autor Robert Alexy, que ao analisar a Lei Fundamental Alemã, que dispõe em seu art. 1º, § 1º, que “A dignidade da pessoa é intangível”. O autor afirma que este dispositivo efetivamente:

*Sin embargo, podría pensarse que la Ley Fundamental establece, por lo menos, un principio absoluto, y referirse como fundamentación al artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF: "La dignidad de la persona es intangible". Efectivamente el artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF provoca la impresión de absolutidad. Pero, la razón de esta impresión no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino en que la norma de la dignidad de persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio.*<sup>367368</sup>.

A partir do texto colacionado pode-se considerar que para o autor a dignidade da pessoa humana é alocada, concomitantemente, dentre os princípios e as regras. O princípio não seria absoluto, visto que existe a possibilidade de sua ponderação, contudo, “tudo depende da constatação sob que circunstâncias podem ser violada a dignidade humana”<sup>369370</sup>.

Tal entendimento, qual seja, da relativização do princípio da dignidade humana, é reforçado ainda por Ingo Wolfgang Salert, ao afirmar que:

Por mais que se tenha a dignidade como bem jurídico absoluto, o que é absoluto (e nesta linha de raciocínio, até mesmo o que é a própria dignidade) encontra-se de certa forma em aberto e, em certo sentido — como já demonstrado — irá depender da vontade do intérprete e de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada<sup>371</sup>.

Por fim, ainda no que diz respeito à Dignidade Humana, a petição inicial aponta argumentos conclusivos observando que:

O cárcere, na forma como recebe e abriga gestantes, mães e crianças, é ilegal, Inconstitucional e Inconvencional. Afinal, não pode a pessoa presa, em particular aquela submetida à prisão cautelar, ter direitos restringidos para além do previsto em dispositivos legais (artigo 3º, 40, 41, 45 da Lei de Execução Penal, artigo 38 do Código Penal). Entretanto, persiste - mesmo com advento da alteração legislativa que, no caso da determinação da custódia cautelar, autoriza sua substituição por

<sup>367</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 106.

<sup>368</sup> No entanto, pode-se pensar que a Lei Fundamental estabelece, pelo menos, um princípio absoluto e se refere como fundamento ao artigo 1, parágrafo 1, frase 1 LF: "A dignidade da pessoa é intangível". De fato, o artigo 1, parágrafo 1, frase 1, LF causa a impressão de absoluto. Mas, a razão dessa impressão não reside no fato de que um princípio absoluto foi estabelecido por meio dessa disposição da lei fundamental, mas no fato de que a norma da dignidade de uma pessoa é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio. (*Tradução nossa*).

<sup>369</sup> Ibidem, p. 107. tradução livre

<sup>370</sup> Texto original. *Por lo que respecta al principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona mencionado en el artículo 1 LF [...]. todo depende de la constatación de bajo cuáles circunstancias puede ser violada la dignidad humana.*

<sup>371</sup> SALERT, Ingo, W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4º edição - Porto Alegre: Livraria do advogado. ed. 2006, p. 134.

prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal<sup>372</sup>.

A partir do exposto, detecta-se que, três argumentos são apresentados de forma cumulativa a fundamentar a concessão da ordem. O primeiro se fundamenta no artigo 318 do CPP. O segundo se sustenta na inadequação do sistema prisional, já reconhecido pelo STF na ADPF 347 que afronta a Dignidade Humana e, o terceiro busca dar visibilidade a situação de fato de que se trata de pessoas não condenadas e, que sujeitas a prisão cautelar, experienciam penas mais nefastas do que lhes serão aplicadas se condenadas. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho:

**Ora, embora não se reconheça na possibilidade de substituição constante do referido artigo um direito subjetivo à prisão domiciliar ou um dever do Magistrado, não pode o Poder Judiciário falhar em reconhecer o direito subjetivo a não ser submetida a tratamento degradante e cruel. Não pode falhar em reconhecer o direito subjetivo à saúde, à proteção, à vida.** Tampouco pode, uma vez reconhecido em decisões nacionais e internacionais, negar o estado de coisas do sistema prisional brasileiro ou a responsabilidade dos agentes do Poder Judiciário Nacional diante dele. **Compete, afinal, ao Judiciário assegurar condições de privação de liberdade adequadas e tomar providências diante do reiterado descumprimento das determinações legais e constitucionais, como inscrito em seu poder geral de cautela**<sup>373</sup>.

É apresentado de forma a dar reforço aos argumentos, quanto a inadequação dos espaços, as decisões anteriores da Corte referentes ao sistema prisional brasileiro. Nesse sentido destaca-se:

**Ressalte que o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 641320, já decidiu que em nenhuma hipótese, poderá um apenado aguardar a disponibilização de vagas em regime mais rigoroso que o estabelecido em sentença, sob a pena de configuração de constrangimento ilegal. Que em nenhuma hipótese, poderá o indivíduo ser penalizado pela falta de estrutura estatal, por sua inércia frente à escassez de estabelecimentos prisionais ou sua infraestrutura inadequada. E que ante a falha do Estado deve-se mitigar o direito de punir e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual**<sup>374</sup>.

Observa-se que os argumentos apresentados não deixam de destacar a mulher como sujeito de direito à dignidade bem como a criança. As fundamentações para tanto, foram extraídas de dispositivos constitucionais, internacionais e de leis federais, bem como a partir de acórdãos da Corte no que dizem respeito a situação de violação de Direitos Humanos em razão da ausência de estrutura física do sistema presidiário brasileiro.

Todo o cenário tecido aponta que a concretização de direitos da criança está interligado a necessidade de garantir direitos à mãe no que diz respeito a maternidade digna.

<sup>372</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Petição Inicial Do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 30.

<sup>373</sup> Ibidem. **Petição Inicial Do HC nº 143-641-SP**, 2017, p. 30. Grifos nosso.

<sup>374</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição Inicial do HC nº 143-641-SP**, p. 31. Grifo nosso.

Contudo, detecta-se que as peticionárias em seus argumentos não partiram da ideia de que em razão da criança deve concretizar direitos à mulher. Mas sim, optaram por apresentar argumentos que se pautam na ausência de estrutura do sistema prisional, o que inviabiliza uma gestação saudável, fragiliza o direito à maternidade digna e, viola direitos da criança.

A petição apresenta dois sujeitos de direitos e, destaca que apesar da garantia de seus direitos estarem interligados, tanto a mãe como a criança estão sujeitos a violações que recaem em indivíduos diferentes e se manifestam de formas diferentes. Enquanto, à mãe se pleiteia o direito à maternidade digna, à criança se pleiteia o direito à primeira infância.

Posto isto, o próximo capítulo se debruça a compreender os argumentos apresentados pelos Ministros para a construção da decisão final correlacionando-a com os pedidos formulados na petição inicial.

Na sequência procura-se verificar as razões usadas, bem como a interpretação final que o STF direciona ao judiciário, no que tange a quem é o sujeito de direito que deve se dar proeminência, quando da aplicação da prisão domiciliar.

Por fim, se verificará os possíveis reflexos jurídicos decorrentes da interpretação conferida pelo STF no *habeas corpus* coletivo em estudo.

### 3 – CAPÍTULO 3 – A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR

Entender quem é a figura para a qual se dirige a aplicação da prisão domiciliar exige que a análise se centre nos argumentos construídos no mérito da decisão. Com a finalidade de facilitar a compreensão, o presente tópico é construído a partir do agrupamento dos argumentos Constitucionais detectados nos votos dos Senhores Ministros, os quais são formados pelos valores dignidade humana, princípio da proporcionalidade da pena, intranscendência da pena e o melhor interesse da criança. Desse arranjo, é construído os argumentos que dão estrutura a decisão final do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a aplicação da prisão domiciliar e ao sujeito de direito em questão.

Salienta-se que o acórdão se restringe a analisar a mulher que é mãe ou gestante **não condenada**, explorando as violações a direitos reprodutivos, sexuais e direito à maternidade digna e os ciclos de violências que alcançam as crianças neste cenário.

Diante da contextualização quanto ao sujeito processual, a construção do *habeas corpus* e o quadro de encarceramento de mulheres, tem-se por oportuno tecer considerações no que se refere à prisão domiciliar e aos valores Constitucionais envolvidos uma vez que, no caso em estudo há a flexibilização por parte do Estado da aplicação da prisão provisória na sua modalidade preventiva, que tem como pressuposto a necessidade de garantia da ordem social e instrução processual, aplicando a prisão domiciliar expressamente prevista no Código de Processo Penal.

Entrementes, faz-se importante destacar quais valores Constitucionais são sopesados de forma a fundamentar a relativização da aplicação da prisão preventivamente com a prisão domiciliar.

#### 3.1. PRISÃO DOMICILIAR E MEDIDAS CAUTELARES NO PLANO CONSTITUCIONAL

Inicialmente é necessário tecer considerações quanto ao instituto da prisão preventiva para após se debruçar quanto aos valores Constitucionais envolvidos na concessão da prisão domiciliar no caso em estudo.

A estrutura fundamental que estabelece o instituto jurídico das prisões cautelares está consubstanciada na coexistência de “uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência”<sup>375</sup>.

Segundo assevera Guilherme de Souza Nucci, prisão é a privação de liberdade que tolhe o direito de ir e vir da pessoa a recolhendo ao cárcere. O autor ainda diferencia as prisões em prisão prevista no Código Penal, a qual resulta de condenação enquanto a prisão prevista no “Código de Processo Penal cuida de prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar enquanto necessário, até o trânsito em julgada da decisão condenatória”<sup>376</sup>.

O fundamento Constitucional da prisão cautelar está previsto no artigo 5º inciso LXI da Constituição, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”<sup>377</sup>. Assim, a necessidade de decretação judicial para a restrição da liberdade demonstra o caráter de judicialidade da prisão preventiva.

Observa-se que a presunção de inocência é o princípio Constitucional que tem maior ponto de tensão com as prisões cautelares, uma vez que atua como princípio limitador do uso abusivo de prisões cautelares, visando racionalizar o poder punitivo principalmente por meio dos princípios da proporcionalidade e necessidade da medida<sup>378</sup>.

Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe que a imputação de penalidade deve-se proceder após a condenação que pressupõe o devido processo legal. Deste modo, a Constituição tornou excepcional a antecipação da culpabilidade<sup>379</sup>.

Diante disso, sob o viés do princípio da presunção de inocência, reconhece-se que esta garante ao acusado a condição de sujeito de direitos, podendo, em sede de dilação probatória, como a que se configura no caso em estudo, rechaçar qualquer acusação presente na denúncia, em respeito a sua condição de mero imputado e não de condenado.

---

<sup>375</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva, 2014, p. 809.

<sup>376</sup> NUCCI, Guilherme, de S. Manual de processo penal e execução penal. 12º Ed. **Revista Atual e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 519.

<sup>377</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **CRFB.1988.**

<sup>378</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva 2014, p. 804.

<sup>379</sup> Op. cit.

Ademais, o princípio da proporcionalidade impõe juízo de necessidade e adequação, binômio fundamental as medidas cautelares impostas, haja vista que este deve impedir que o imputado seja submetido a medidas que se revelem mais gravosas do que a sanção que porventura venha a ser aplicada. Esta observância decorre do valor dignidade da pessoa humana.

No que toca a sua finalidade, tem-se que as medidas cautelares são de natureza processual penal e, portanto, buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. “São medidas destinadas à tutela do processo”. Por estas razões, trata-se de medida processual de caráter instrumental<sup>380</sup>.

Em concordância com o exposto, tem-se que a corrente majoritária<sup>381</sup> defende o caráter de instrumentalidade das medidas cautelares, dentre eles destaca-se a autora Sara Aragonese Martinez que afirma:

*Las medidas cautelares son, pues, actos que tiene por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del jus puniendi. Este concepto confiere a las medidas cautelares la nota de instrumentalidad, en cuanto son medio para alcanzar la doble finalidad arriba apuntada<sup>382</sup>.*

Nesta toada, Delmanto Júnior afirma que a instrumentalidade é característica “ínsita à prisão domiciliar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”<sup>383</sup>.

Quanto aos requisitos para a decretação da medida cautelar, conforme Aury Lopes Júnior é imprescindível a existência de um fato aparentemente punível. Logo o requisito é a existência do *fumus commissi delicti* que se configura quando há a existência de crime e indícios de autoria. No que diz respeito ao *periculum in mora/ periculum in libertatis* tem-se que este não é requisito à concessão da medida cautelar, mas é fundamento desta. Assim, o fato determinante não é o tempo, mas sim a situação de perigo criada pela conduta da pessoa

<sup>380</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva 2014, p. 805.

<sup>381</sup> Arury Lopes Junior, Roberto Delmanto, Sara Aragonese Martinez, Prieto-Castro, Here Quemada, Fairen Guillen, Carnellutti, Calamandrei.

<sup>382</sup> Medidas de precaução são, portanto, atos destinados a garantir o desenvolvimento normal do processo e, portanto, a aplicação efetiva do jus puniendi. Este conceito fornece às medidas preventivas a nota de instrumentalidade, pois elas são um meio para atingir o duplo objetivo mencionado acima. (*tradução nossa*). MARTINEZ, Sara, A. et al. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996, p. 387.

<sup>383</sup> DELMANTO JR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 83.

imputada, ou seja, o risco não está no lapso temporal, mas sim na situação de liberdade do sujeito que gera perigo ao processo penal em curso<sup>384</sup>.

Referente as modalidades de medidas cautelares, destaca-se que há seis espécies, quais sejam, prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e condução coercitiva<sup>385</sup>.

Com relação a prisão preventiva, que é o principal objeto do presente tópico, considera-se que essa é uma das modalidades de medidas cautelares, a qual, pode ser decretada na fase de investigação policial ou durante o desenvolvimento do processo penal<sup>386</sup>. Esta possui quatro pressupostos os quais dizem respeito à natureza da infração, a probabilidade de condenação, perigo na demora e controle jurisdicional prévio<sup>387</sup>.

Trata-se de medida provisória que tutela situações fáticas e situacionais. Assim, desaparecido o suporte fático legitimador para a sua decretação, esta não se sustenta, por tais razões é temporária. Também é excepcional na medida em que, é aplicável quando se revelam inadequada ou insuficiente as medidas cautelares diversas da prisão<sup>388</sup>.

No tocante as hipóteses de seu cabimento, conforme dispõe o artigo 312 do CPP a prisão preventiva:

poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado<sup>389</sup>.

Nestes termos considera-se que as situações fáticas que autorizam a decretação da prisão preventiva são: a garantia da ordem pública; a garantia da ordem econômica; a conveniência da instrução criminal; e assegurar a aplicação da lei penal. Segundo destaca Cristian Lima dos Santos Louback “no que se refere a ordem pública, ela se apresenta quando

---

<sup>384</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva, 2014, p. 805-806.

<sup>385</sup> NUCCI, Guilherme, de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 12º Ed. Revista Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 520.

<sup>386</sup> Ibidem. p. 548 -549.

<sup>387</sup> MARQUES, José, F. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.4. Ed Bookseller. 1998, p. 58.

<sup>388</sup> Código de Processo Penal brasileiro (CPP). **Artigo 282 §6º , 310 II**.

<sup>389</sup> Ibidem, 1941.

há risco ponderável de que o acusado venha a repetir a ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão”<sup>390</sup>.

No entanto, o risco de reiteração criminosa, não faz parte do dispositivo legal, mas sim decorrem de interpretação extensiva. Confirma o exposto, Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que são três os requisitos para a decretação da prisão preventiva:

A prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + uma das situações descritas no artigo 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução penal; d) garantia da aplicação da lei penal<sup>391</sup>.

A este respeito Aury Lopes Júnior destaca que o argumento de reiteração criminosa:

Está atentando não ao processo penal, mas sim a uma função da polícia do Estado, que é completamente alheio ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico impossível de ser feito, é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros<sup>392</sup>.

Contudo de maneira diversa Guilherme de Souza Nucci<sup>393</sup>, sustenta que a garantia da ordem pública “demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.”

A este entendimento Aury Lopes se contrapõe sendo enfático ao afirmar que “alguns fazem confusão de conceitos, ainda mais grosseira, e invocam a gravidade ou brutalidade do delito como fundamento da prisão preventiva”<sup>394</sup>.

Nesta toada, Louback assevera que se a garantia da ordem pública estiver fundada no clamor social, na gravidade do crime, na periculosidade do agente ou na necessidade de se manter a credibilidade do Poder Judiciário, o instituto então estará desatrelado do objetivo de

<sup>390</sup> LOUBACK. Cristian, L. dos S. **A razoável duração da prisão preventiva: uma análise dos critérios verificados da dilação indevida**. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. 2019, p. 47.

<sup>391</sup> NUCCI, Guilherme, de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 12º Ed. Revista Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p 552.

<sup>392</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva, 2014, p. 871.

<sup>393</sup> Op. cit. p. 63-64.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 863-837.

acautelar o processo penal e, portanto, se assemelha as funções da prisão na fase de execução de pena<sup>395</sup>.

Neste mesmo sentido é a lição de Vilela:

Afigurasse-nos que há que rejeitar esta função de prevenção especial que a prisão preventiva pode assumir, porque não é compatível com a sua natureza cautelar, na medida em que se assume como medida de segurança, baseada num juízo de perigo, que, por sua vez, postula a culpabilidade do acusado. Tão pouco se revela compatível com a presunção de inocência, uma vez que decretar a prisão preventiva com base em tal argumento leva inerente uma presunção de culpabilidade<sup>396</sup>.

Quanto as hipóteses de seu cabimento, tem-se por sustentáculo da prisão preventiva, que esta seja adequada, ou seja, apta a atender os motivos e fins que a determinam, necessária de modo a não exceder o imprescindível para a realização do resultado almejado, e proporcional em sentido estrito o que significa o sopesamento dos bens em jogo, em que de um lado há o custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença e, de outro lado, a necessidade da prisão em razão do processo, ordem econômica e os elementos probatórios existentes<sup>397</sup>.

Afunilando a presente escrita com a finalidade de discutir os objetivos do presente tópico, que é compreender os valores constitucionais presentes na concessão de prisão domiciliar em substituto da prisão preventiva, cumpro salientar que a prisão domiciliar fora implementada pela lei 12.403 no Código de Processo Penal e passou a prever expressamente a possibilidade de recolhimento do acusado ou investigado em sua residência de onde só poderá sair com autorização judicial. Destaca-se que esta modalidade de prisão não é inovação no sistema brasileiro, uma vez que a Lei de Execução Penal já previa no artigo 117 a possibilidade de que as pessoas especificadas no respectivo artigo cumprissem pena definitiva em sua residência.

Neste correr, frisa-se que a Lei de Execução Penal dispõe sobre modalidade de prisão domiciliar aplicada à pessoa sentenciada e o Código de Processo Penal no artigo 318 em estudo dispõe sobre a aplicação de prisão domiciliar na fase processual em que não há certeza de culpa. Nesse sentido, não se vislumbra o Estado flexibilizando o seu direito de punir, mas

---

<sup>395</sup> LOUBACK, Cristian, L. dos S. A crise da teoria das fontes: a idoneidade da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In **Cognitio Juris**. Markus Samuel Leite Norat. João Pessoa: Ano VII, Número 21 junho de 2018, p. 91.

<sup>396</sup> VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 105.

<sup>397</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo - Saraiva, 2014, p. 820.

sim em garantia do direito de punir, o Estado interfere na liberdade da pessoa antes da certeza da culpa com a finalidade de se resguardar a devida instrução processual.

Relativamente a sua aplicação, segundo Guilherme de Souza Nucci, a prisão domiciliar, “deve autorizar a transferência ou o recolhimento do agente, quando decretada a prisão preventiva”<sup>398</sup>. Ou seja, a prisão domiciliar é substituta da prisão preventiva por excelência.

É oportuno destacar que a prisão domiciliar por ser “prisão cautelar, voltada a um réu presumidamente inocente, torna-se fundamental que seja ela essencial ao processo”. Assim, detecta-se que se impõe a necessidade de restrição da liberdade da pessoa em cenário que não há certeza da culpa com a finalidade de garantir o processo. Ainda descrevendo as características da prisão domiciliar o autor Guilherme de Souza Nucci afirma que “a prisão cautelar é para ser cumprida em caráter fechado ou não atingirá os objetivos fixados em lei”<sup>399</sup>.

Adentrando-se aos valores Constitucionais envolvidos depreende-se que o surgimento de situações excepcionais permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, dentre elas destaca-se o previsto no artigo 318:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;**
- IV - gestante;**
- V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.**
- VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos**<sup>400</sup>.

Considera-se que em todas as hipóteses colacionadas, se consubstancia o objetivo de tornar menos desumana por meio da segregação cautelar, em determinadas hipóteses, permitindo que, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência.

---

<sup>398</sup> NUCCI, Guilherme, de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 12º Ed. Revista Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 569.

<sup>399</sup> Idem, p. 570.

<sup>400</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal (CPP)**. Lei nº 3.689 de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 12/12/2019.

Observa-se também que nos casos excepcionais que dizem respeito a situação de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, os principais valores postos em jogo são dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança, os quais são valores constitucionais em que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e o melhor interesse da criança decorre do artigo 227 da Constituição.

As hipóteses se apresentam como situações que estabelecem diferente tratamento em razão de situações específicas de determinado grupo de pessoas. No caso em estudo, no que diz respeito às diferenças estabelecidas à mulher mãe ou grávida, considera-se que o Texto Constitucional expressamente assegura a igualdade entre homens e mulheres nos termos da Constituição.

Contudo, é importante destacar que a igualdade não deve ser cumprida em seu aspecto formal, sob pena de afrontar a real intenção do constituinte. “Isso implica dizer que é autorizado ao Texto Constitucional fazer distinções entre homens e mulheres com vistas a assegurar a tão almejada isonomia”<sup>401</sup>.

Nesta hipótese, tem-se que a possibilidade de aplicação de prisão cautelar domiciliar visa concretizar valores como dignidade humana buscando efetivar o direito uma maternidade digna prevista no artigo 6º da Constituição bem como a garantia do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, tem-se que, no caso em estudo, o legislador para além de efetivar o direito a igualdade sob seu aspecto material, buscou resguardar a dignidade tanto da mulher como da criança por ser o cárcere um espaço não adequado a essas corporalidades e que, portanto, fere a sua dignidade.

O exposto é extraído dos próprios motivos presentes no Projeto de Lei nº 10.269/2018 que deu ensejo a modificação legislativa visando “assegurar o direito a maternidade de milhões de mulheres que se encontram no cárcere ou prestes a terem a liberdade cerceada e a dignidade dos filhos e filhas de mães condenadas pelo sistema de justiça criminal, em período fundamental do seu desenvolvimento”<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> MARQUES, Samantha, R. Meyer-Pflug; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A igualdade entre homens e mulheres e as Forças Armadas . A&C : **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2014)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 134.

<sup>402</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. **PL. nº 10.269**, 2018, p. 9.

Considera-se que a medida, ademais de ser meio de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, confere cumprimento ao que dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição da República de 1988 que determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado<sup>403</sup>.

Nesse sentido, para garantir a dignidade humana e, por fim, efetivar a igualdade em seu aspecto material faz-se necessário considerar as diferenças entre os sujeitos<sup>404</sup>, que no caso em estudo decorrem de construções sociais em que a mulher não foi pensada a determinados espaços e, dentre eles destaca-se o cárcere que não conta com estrutura básica para atender as necessidades de mulheres grávidas e mães. Assim, mantê-las nesse espaço, quando grávidas ou com seus filhos, ferem direitos de dignidade e atingir as crianças.

Portanto, diante de situações em que são aplicáveis a prisão preventiva na fase processual como forma de garantir a ordem pública a instrução processual entra em conflito com o melhor interesse da criança, previsto no artigo 227 da Constituição e a dignidade humana que se apresenta na faceta do direito à maternidade digna previsto no artigo 6º da Constituição. Esta situação força o Estado a ceder, de forma excepcional, aplicando a prisão domiciliar durante a instrução processual.

Após tecidas considerações que dizem respeito às prisões cautelares, com atenção especial à prisão preventiva, prisão domiciliar e os valores Constitucionais envolvidos. A presente dissertação volta atenção a entender a construção dos fundamentos jurídicos Constitucionais presentes nos votos.

### 3.2. INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E FUNDAMENTOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS PRESENTES NOS VOTOS

Voltando a atenção à análise dos votos dos Ministros, primeiramente se destaca que a sessão de julgamento do *habeas corpus* coletivo ocorreu na segunda turma do STF e, estavam presentes os Ministros, à época o Presidente Senhor Ministro Edson Fachin, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Observa-se que, todos os pronunciamentos do Ministro Celso de Mello foram ‘cancelados’. Portanto, a presente análise se debruçou apenas aos argumentos proferidos pelos

---

<sup>403</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **CRFB.1988**.

<sup>404</sup> MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. A igualdade entre homens e mulheres e as Forças Armadas. A&C : **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2014) - p.136.

Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli sendo que por ser o Ministro Ricardo Lewandowski o Relator da ação, este procedeu o relatório da ação bem como a apresentação de seu voto de forma mais pormenorizada.

A partir da análise dos votos dos demais Ministros verificou-se que a partir da construção de argumentos realizadas pelo relator Ricardo Lewandowski os demais Ministros ora concordaram, seguindo o Relator, discordaram ou trouxeram novos argumentos. Por tais razões, quando da análise dos votos, o presente capítulo dedicou mais esforços aos argumentos construídos pelo Ministro relator Lewandowski e aos argumentos construídos pelos demais Ministros que destoava dos verificados no voto do Ministro Relator Lewandowski.

A finalidade foi de extrair os diversos argumentos detectados para então entender quais são os sustentáculos da decisão final bem como a quem se conferiu proeminência como sujeito de direito para a concessão ou denegação da prisão domiciliar.

Antes de se atentar aos valores e argumentos constitucionais presentes nos votos em estudo, é rico discutir sobre os processos de fixação de sentido e alcance da norma como forma de direcionar a compreensão de como se procedeu a construção dos votos dos Senhores Ministros.

Relativamente a fixação de sentido da norma, seu alcance e extensão consideram-se que estes são fixados por um trabalho de interpretação, hermenêutica e de exegese. Quanto aos métodos de interpretação destaca-se que a interpretação gramatical ou filosófica é embasada na significação das palavras em seu sentido gramatical e sintático<sup>405</sup>.

A interpretação lógica-sistemática “leva em conta o sistema que se insere o texto e procura estabelecer a concatenação entre este e os demais elementos da própria lei”<sup>406</sup>.

A interpretação histórica se baseia em antecedentes da norma. A interpretação sociológica adapta o sentido da lei as realidades sociais a qual encontra fundamento no artigo 5º da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro ao dispor que o juiz na aplicação das leis atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 19º ed. revista São Paulo. Saraiva 1991, p. 275.

<sup>406</sup> MONTORO, André, F. **Introdução à ciência do Direito**. 26º ed. Rev Atualizada. Editora Afiliada - Revista dos Tribunais São Paulo, 2005, p. 434.

<sup>407</sup> Op. cit., 1991, p. 273.

Quanto aos efeitos, essa pode ser declarativa em que se declara a vontade expressada na lei, extensiva em que se amplia o alcance da norma e restritiva em que se restringe a aplicação da norma<sup>408</sup>.

Em adição ao exposto, Miguel Reale alerta que:

O primeiro cuidado do hermenêuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares, o que se quer atingir é a correlação coerente entre o todo da lei e as partes representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados<sup>409</sup>.

Uadi Lammêgo Bulo ao se debruçar sobre a hermenêutica Constitucional destaca que há métodos modernos de interpretação Constitucional, como o método tópico-problemático que se propõe “a descoberta mais razoável para a solução de um caso concreto. Parte do caso concreto para a norma”<sup>410</sup>. De outra forma o método hermenêutico-concretizador busca:

Suprir ausências normativas e, portanto, parte da Constituição para o problema valendo-se das pré-compreensões do intérprete sobre o tema (pressupostos subjetivos) o qual atua como um mediador entre a norma e o caso concreto que brota da realidade social (pressupostos objetivos) atuando como um círculo hermenêutico por que seu pensamento vem e vai até achar uma saída para o problema<sup>411</sup>.

No método científico-espiritual “as Constituições devem ser interpretadas de modo elástico e flexível”. Enquanto, no método normativo-estruturante o intérprete não separa o programa normativo, inserido na constituição, da realidade social. Por fim, o método de comparação-Constitucional “alia os métodos gramatical, lógico, histórico, e sistemático, proposto por Savigny, ao direito comparado, de modo a buscar em vários ordenamentos jurídicos a melhor direção interpretativa<sup>412</sup>.

Quanto à técnica de interpretação, a qual ajuda o intérprete a descobrir o significado e as conexões da norma destacam-se três técnicas sendo a primeira nomeada técnica de ponderação de valores constitucionais. Esse recurso viabiliza que o translador avalie qual bem Constitucional deve prevalecer diante de situação de conflito estabelecendo peso relativo para cada um dos princípios contrapostos. A segunda é chamada técnica de otimização de princípios que permite ao intérprete extrair o que há de melhor na substância das disposições

<sup>408</sup> MONTORO, André, F. **Introdução à ciência do Direito**. 26º ed. Rev Atualizada. Editora Afiliada - Revista dos Tribunais São Paulo, 2005, p. 435.

<sup>409</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 19º ed. revista São Paulo. Saraiva 1991, p. 285.

<sup>410</sup> BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º ed. Rev e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012, p. 171.

<sup>411</sup> Idem

<sup>412</sup> Idem

constitucionais otimizando o conteúdo dos princípios em voga de forma a compatibilizar os interesses em disputa no caso concreto. Por fim a terceira técnica é de filtragem Constitucional que advém da ideia de que toda ordem jurídica deve ser apreendida a partir das lentes da Constituição<sup>413</sup>.

Diante dos valores tecidos que dizem respeito ao manuseio da técnica da hermenêutica Constitucional, considera-se que predominou nos votos a interpretação sociológica, pois levou em consideração as realidades sociais, os fins sociais e o bem comum. O método tópico-problemático também foi bastante manuseado pelos Ministros e quanto a técnica considera-se que majoritariamente estes buscaram a ponderação dos valores constitucionais, dignidade humana na faceta da maternidade digna, melhor interesse da criança e intranscendência da pena.

Destaca-se que não é propósito deste trabalho proceder a análise processual da questão. Por tais razões, passa-se diretamente à análise do mérito. Por oportuno, deve-se observar que é objetivo central deste capítulo entender quem o Supremo Tribunal Federal destacou como sujeito de direito ao ser instado quanto a interpretação que deve ser aplicada à concessão ou denegação da prisão domiciliar às mulheres mães ou gestantes em cárcere, bem como o de refletir os argumentos e as implicações legais a partir do reconhecimento do sujeito de direito mulher mãe/gestante, criança ou ambos.

Após delineado o objetivo que conduz a presente dissertação, analisaremos os argumentos utilizados por cada Ministro. Para facilitar a compreensão, os votos serão analisados, concatenados e organizados a partir dos valores constitucionais identificados para a construção dos votos. Diante do estudo, pode-se depreender que os argumentos constitucionais mais invocados para a fundamentação da decisão foram:

- Dignidade Humana;
- Princípio da proporcionalidade no Direito Penal;
- Intranscendência da pena;
- Melhor interesse da Criança.

Portanto, a partir destes princípios detectados se seguirá o estudo dos votos procurando depreender quem é sujeito de direito, qual interesse jurídico é levando em consideração e o que se busca tutelar.

---

<sup>413</sup> Ibidem, p. 173.

### 3.2.1. Valor Constitucional da Dignidade Humana

A partir da leitura dos votos dos Ministros pode-se detectar que o valor Constitucional Dignidade Humana foi o fio condutor da construção dos argumentos dos Ministros principalmente do Ministro Ricardo Lewandowski. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho de sua decisão:

Estamos diante da proteção, talvez, de um dos mais sagrados direitos, depois da vida e da saúde, **que é o direito à liberdade**. E mais: a proteção da mãe, sobretudo daquela que amamenta, e de seguramente, mais de dois mil pequenos brasileirinhos, que estão atrás das grades, com suas mães, sofrendo indevidamente - contra o que dispõe a Constituição e contra o que dispõe o Direito positivo brasileiro - **as agruras do cárcere**. Penso, Senhores Ministros, que é chegada a hora de exercermos um pouco de coragem e darmos, realmente, uma abrangência maior nesse histórico instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que é o habeas corpus<sup>414</sup>.

Nesse trecho o relator pontua que a tutela pleiteada se dirige à necessidade de proteção do direito à liberdade em razão do estado inconstitucional em que se encontra o sistema carcerário brasileiro. Nesse contexto, depreende-se que a proteção ao direito à liberdade se faz necessário para se resguardar a dignidade humana de milhares de mulheres e crianças em estado de cárcere no sistema prisional brasileiro.

Relativamente ao sistema prisional, o Ministro Ricardo Lewandowski tem como argumento inaugural em seu voto o estado de precariedade que se instala de forma estrutural no sistema prisional. Este destaca a expressão alemã “*tatsachen sprechen*” que significa os fatos falam por si sós. Assim, frisa que o caso levado ao STF, os coloca defronte a ‘fatos absolutamente insofismáveis’ nos seguintes termos:

A degradação do sistema prisional brasileiro é uma realidade inafastável. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu isso na ADPF 347 por unanimidade. E há também, na verdade, é um verdadeiro brocardo jurídico, talvez um princípio universal de Direito mais do que uma norma agasalhada pelo nosso Direito Processual Positivo, segundo o qual fatos notórios independem de provas. Portanto, estamos diante de fatos notórios, talvez, há uma ou outra exceção num Estado avançadíssimo, como é esse Estado do qual Vossa Excelência provém, o Paraná, **é possível que ocasionalmente uma ou outra gestante, uma ou outra mãe, uma ou outra criança esteja melhor atendida, mas a grande realidade nacional eu sei que a situação é degradante**<sup>415</sup>.

Nesse contexto o relator observa que tal situação faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças estejam sujeitas a situações degradantes,

---

<sup>414</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 60. Grifo nosso.

<sup>415</sup> Ibidem, p. 110. Grifo nosso.

privadas de cuidados médicos mínimos como pré-natal e pós-parto, bem como as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches<sup>416</sup>.

A partir do exposto, o relator constrói sua argumentação observando que o cárcere na atualidade é um espaço em que há a violação de direitos e conseqüentemente de Direitos Humanos. Nesse sentido destaca a ADPF 347 e detecta o aprofundamento de violações à mulher presa. É ressaltado no voto que tais violações decorrem principalmente da estruturação dos estabelecimentos penais, pois 74% destes foram projetados ao público masculino 7% ao público feminino<sup>417</sup>.

Em razão desse cenário conjugado com o crescimento da população feminina prisional os presídios têm procedido à adaptação da arquitetura prisional e tal necessidade tem resquício histórico, pois como a criminalidade feminina possuía baixos índices, apenas em 1920 os números se tornaram considerados relevantes pelo Estado, o que impulsionou o processo de criação dos presídios femininos no século XVII iniciando-se na Holanda. Estes eram conhecidos como ‘*Spinhis*’ e tratavam pequenas delinquências.

No Brasil, até 1940 não havia legalmente uma obrigatoriedade de separação de mulheres e homens no espaço prisional, até mesmo em razão de não haver instituições próprias para acolher tais mulheres. É a partir da década de 1940 que o Estado começa as primeiras deliberações efetivas sobre a necessidade de separação entre homens e mulheres e a principal razão nasceu do cenário prisional que favorecia estupros e exploração da mulher através da prostituição<sup>418</sup>.

Como vestígio histórico, o que se constata na contemporaneidade é a precariedade dos espaços adaptados nos presídios, os quais são corroborados em pesquisa de campo realizada por Amanda Daniele Silva na penitenciária feminina de Franca - São Paulo. A autora observa que a arquitetura da penitenciária na Cadeia Pública Feminina de Franca, passou por adaptação, uma vez que está, em sua origem, era destinada a acomodar homens da cidade e de toda a 14ª região administrativa. Contudo, a partir do ano de 2010, com a construção do Centro de Detenção Provisória (CDP) masculino, as mulheres, encarceradas na cidade de Batatais, foram transferidas à cadeia desativada, comprovando uma característica muito

---

<sup>416</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>417</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN MULHERES. 2017, p. 22.

<sup>418</sup> LIMA, Elça, M. **Origens da prisão feminina no Rio de Janeiro: o período das freiras**. Rio de Janeiro, EDITORA: OAB/RJ. 1983, p.48.

peculiar do cárcere feminino que é a ausência de estabelecimentos penais construídos às mulheres que considerem em sua arquitetura, aspectos relacionados ao gênero<sup>419</sup>.

Nesta toada, o relator Ricardo Lewandowski afirma que a arquitetura dos presídios não é capaz de atender a corporalidade feminina e a principal razão está ligada à maternidade, que exige dentre outras coisas, locais adequados à amamentação e cuidado do bebê<sup>420</sup>.

É salientado no voto do relator Ricardo Lewandowski que o direito à estrutura adequada à maternidade está consubstanciado tanto na legislação nacional, quanto na legislação internacional e, com a finalidade de chamar atenção à dissonância entre ao cenário penitenciário brasileiro e a legislação internacional, parte de seu voto é dedicado a abordar as Regras de Mandela e as regras de Bangkok.

É ressaltado que o Brasil assinou e participou da formulação das regras de Bangkok. Assim, o relator destaca o conjunto de direitos que estão sendo violados e a necessidade de a Corte tomar uma posição. Para tanto, destacou algumas regras específicas como:

6.23.1. Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir **instalações especiais** para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, **devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil**. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

6.23.2. Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar **um berçário dotado de pessoal qualificado**, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

6.b.10. Serão oferecidos às presas **serviços de atendimento médico** voltados especificamente para mulheres, no mínimo **equivalentes àqueles disponíveis na comunidade**.

7.c.24. **Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados** em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior.

56. As autoridades competentes reconhecerão o risco específico de abuso que enfrentam as mulheres em prisão cautelar e **adotarão medidas adequadas**, de caráter normativo e prático, para garantir sua segurança nessa situação.

57. As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. **Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar**, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, **mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades** sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. **Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras**, tais como **medidas despenalizadoras e alternativas**

<sup>419</sup> SILVA, Amanda da. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 41.

<sup>420</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 33.

à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível<sup>421</sup>.

Com respaldo na legislação nacional e internacional o relator Ricardo Lewandowski observa que a maternidade segura e digna é um direito de toda mulher, assim, não cabe obstaculizar direitos em razão da vulnerabilidade do espaço penitenciário, pois a pena não deve exceder ao previsto na sentença ou vulnerar direitos previstos constitucionalmente.

No que tange ao cenário em estudo, o Ministro Ricardo Lewandowski destaca os direitos previstos no relatório publicado pela Organização Mundial de Saúde como: direito à vida; direito à liberdade de escolhas quanto a maternidade e segurança pessoal; direito à saúde; direito à proteção na maternidade e direito à não-discriminação<sup>422</sup>.

É pertinente salientar que o direito à maternidade é um dos direitos das mulheres e não pode ser visto de forma desvinculada da criança uma vez que são inseparáveis<sup>423</sup> e que “a experiência da reprodução, assim como a da sexualidade, já que construtos sociais serão sempre mediados por relações de poder”. Assim, “a sexualidade e a reprodução podem ser vividas com maior ou menor suporte social, podendo, nesse sentido, serem tanto uma expressão de empoderamento e realização, como de impotência e humilhação”<sup>424</sup>.

Segundo as autoras Laura Davis Mattar e Carmen Simone Grilo Diniz “os principais fatores, que perpassam a pirâmide, são: raça, classe, geração/idade e parceria sexual”. Estes fatores são capazes de determinar se essas mulheres estarão na base da hierarquia de direitos humanos, e conseqüentemente acessando menos direitos à maternidade, ou se estarão no topo<sup>425</sup>.

Mais precisamente o que se detecta no conjunto dos argumentos é que o relator observa a desigualdade na forma de exercício do Direito à maternidade digna às mulheres presas que decorrem dos diferentes aspectos de mães - os quais estão relacionados à raça, classe social, idade e parceria sexual – determinam a legitimidade e aceitação social dessas maternidades, e, portanto, suas vivências. Considera-se que quanto maior o número de

---

<sup>421</sup> UNITED NATIONS. United Nations rules for the treatment of women prisoners and non-custodial measures for women offenders (**the Bangkok Rules**), 2010.

<sup>422</sup> OMS. Organização Mundial da Saúde. Maternidade Segura e planejada. Editorial **Revista Scielo**. RBGO - v. 24, n° 8, 2002.

<sup>423</sup> DINIZ, C.S. **Maternidade voluntária, prazerosa e socialmente amparada**: breve história de uma luta. 2000, p. 4.

<sup>424</sup> MATTAR, L.D.; DINIZ, C.S.G. Reproductive hierarchies: motherhood and inequalities in women's exercising of human rights. *Interface - Comunic., Saúde, Educ.*, v.16, n.40, p.107-19, jan./mar. 2012. p. 112.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 115.

aspectos negativos presentes à mulher (ou casal), ao exercitar a maternidade, mais próximas da base da pirâmide hierárquica estarão e, assim, maior dificuldade encontrarão no exercício dos direitos humanos<sup>426</sup>.

Salienta-se que a discussão posta foi trabalhado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski que levou em consideração, para além do cenário presente, as possíveis causas da conjuntura contemporânea. Por tais razões, em seu voto houve um aprofundamento das questões sociais, que em um primeiro momento, aponta que este se preocupou em construir soluções capazes de alcançar as causas do problema instalado à mulher o qual pode se perpetuar quando reproduzido na criança, no espaço cárcere ou pela quebra de vínculo materno. Atenta-se que nesta análise a figura da mulher foi personagem principal.

Ressalta-se que, conforme demonstrado no decorrer do presente tópico, o relator Ricardo Lewandowski foi o Ministro que mais se apoiou no princípio da dignidade humana para a construção de seus argumentos bem como lançou mão a uma interpretação sociológica se atentando na sua aplicação aos fins sociais e o bem comum. Assim, após tecidas as principais questões levadas em consideração pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que são sustentadas no valor dignidade humana, cumpre tecer considerações ao que a doutrina discorre ser esse princípio.

Inicialmente tem-se que a dignidade humana teve seu reconhecimento de forma gradativa na história. Segundo a doutrina, o respeito a condição humana possui gênese no pensamento clássico e principalmente na ideologia cristã<sup>427</sup>.

Segundo destaca Antônio Junqueira Azevedo:

A expressão dignidade da pessoa humana no mundo do Direito é fato histórico recente. Muitas civilizações, graças a seus heróis e santos, respeitam a dignidade da pessoa humana, mas juridicamente a tomada de consciência, com a verbalização da expressão, foi um passo notável dos tempos mais próximos<sup>428</sup>.

Na contemporaneidade é possível apontar que este valor alcançou consenso teórico sendo axioma da civilização ocidental e conforme assevera Ana Paula de Barcellos:

Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que esse consenso se restrinja muitas vezes apenas

---

<sup>426</sup> Ibidem p. 107.

<sup>427</sup> SALERT, Ingo, W.. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª edição - Porto Alegre: Livraria do advogado. ed. 2006, p. 30. |

<sup>428</sup> AZEVEDO, Antônio, J. A. Caracterização Jurídica da Dignidade da pessoa Humana. **REVISTA USP**, São Paulo, n.53, março/maio 2002, p. 90.

ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas - eventualmente contraditórias -, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo e talvez a única ideologia remanescente<sup>429</sup>.

A este respeito, André de Carvalho Ramos aponta que toda disciplina jurídica não tem um ponto exato de nascimento, mas sim é permeada por um processo que desemboca na consagração de diplomas normativos. Assim, no caso dos direitos humanos o autor assevera que:

O seu cerne é a luta contra a opressão e a busca do bem estar do indivíduo, conseqüentemente as suas ideias âncoras são referentes a justiça, igualdade e liberdade, cujo conteúdo emprega a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas<sup>430</sup>.

A fim de exemplificar os resultados alcançados no processo de construção, considera-se que o reconhecimento e consagração do valor dignidade humana se inicia no plano internacional como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo V; no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, em seus artigos. 7 e 10; na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seus artigos. 5, 11 e 31; nos Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas<sup>431</sup>; na Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, em seu artigo 1632; nas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, assim como o corpo de normas constante das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras<sup>432</sup>. Todos esses diplomas internacionais expressam valores que buscam tutelar e subsidiar mecanismos para proteção e garantia da dignidade humana.

No plano nacional destaca-se que a Carta Constitucional de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a inserir expressamente o valor dignidade da pessoa humana e conforme opção do constituinte esta foi posta de forma inaugural no texto. Deste modo, demonstra-se que a intenção foi conferir ao princípio a função de norma que embasam toda a ordem Constitucional, sendo reconhecido como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito conforme dispõe art. 1º inciso III da CF.

---

<sup>429</sup> BARCELLOS, Ana, P de. **Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988**. Rev. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 221: 159-188, jul./set. 2000, p. 159.

<sup>430</sup> RAMOS, André, de C. **Curso de Direitos Humanos**. 4º edição - Saraiva 2017, p. 33.

<sup>431</sup> RESOLUÇÃO 01/08, de 13 de março de 2008;

<sup>432</sup> RESOLUÇÃO 2010/16 de 22 de julho de 2010

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Nestes termos José Afonso da Silva aponta que o valor dignidade humana ao ser içado ao posto de princípio fundamental da República Federativa do Brasil coloca este, como valor central de todo o ordenamento jurídico, assim, considerado “epicentro axiológico no nosso ordenamento Constitucional” e por tanto, é indispensável para orientar o trabalho do intérprete e aplicador do Direito<sup>433</sup>.

Em consonância com o exposto, Daniel Sarmiento assevera que “o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem Constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico”<sup>434</sup>.

Neste decurso, pode-se concluir que este é valor que promove verdadeira filtragem na qual todas as normas do ordenamento jurídico devem estar em harmonia para a promoção e concretização da dignidade humana.

André de Carvalho Ramos, ao tecer considerações quanto à estrutura e conceito de direitos humanos dispõe que este “consiste em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são direitos essenciais à uma vida digna”<sup>435</sup>.

Diante deste cenário, considera-se que a dignidade é a qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano. Tal qualidade é irrenunciável e decorre da própria condição humana e, portanto, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida não podendo, entretanto, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Por isso, o Estado tem como objetivo principal a busca pelo seu respeito, proteção e concretização da dignidade humana<sup>436</sup>.

Entretanto, a concretização da dignidade humana, não pode ser vista de forma abstrata. Portanto, considera-se que a sua concretização é detectável por meio da efetivação de direitos

---

<sup>433</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa Humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 92.

<sup>434</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60.

<sup>435</sup> RAMOS, André, de C. **Curso de Direitos Humanos**. 4º edição - Saraiva 2017, p. 29.

<sup>436</sup> SALERT, Ingo, W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4º edição - Porto Alegre: Livraria do advogado. ed. 2006, p. 38 - 43

fundamentais que é o conjunto mínimo que viabiliza a existência de forma digna. Por isso a concretização da dignidade humana se verifica nos direitos fundamentais reclamados dos quais são sujeitos ativos a mãe e a criança.

Contudo, diante do caso concreto pode-se fazer necessário eventual relativização da dignidade, pois a realidade oferece situações em que dificilmente não surgirá um conflito envolvendo a dignidade das pessoas. Portanto, para o princípio da dignidade da pessoa humana se concretizar, exige-se um trabalho de modelação e adaptação ao caso concreto.

Há situações em que o caso concreto exige a maximização e ampliação do valor dignidade humana. Nesse caso, o desenvolvimento dos argumentos do Ministro Ricardo Lewandowski aponta que a violação da dignidade da mãe ou gestante refletirá diretamente na criança, daí a indissociabilidade na concretização de direitos fundamentais para a efetivação da dignidade tanto da mãe quanto da criança.

Contudo, pode haver situações em que surge a necessidade de ponderação de valores ou ponderação de interesses, que é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. A necessidade de tal ponderação pode surgir quando a figura da mãe se tornar perniciosa à criança ou quando considerada de alta periculosidade.

A este respeito é importante se ater que periculosidade é um conceito abstrato no Direito Penal, que não há parâmetros de definição do que seja perigo e, que portanto, pode ser guardada à imposição de prisões provisórias arbitrárias ferindo assim o valor dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

Aproximando a discussão teórica ao caso em estudo, considera-se que os valores levados em consideração, principalmente pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, são: o **direito a maternidade digna** que quando não concretizado afeta a **dignidade da criança** gerando ciclos de violação de direitos desde a concepção. Por se tratar de um voto abstrato e não incidente a um caso específico, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou que a violação de direitos tanto da criança quanto da mãe encontra nascedouro na ausência de estrutura no sistema carcerário brasileiro em concretizar direitos fundamentais mínimos à mulher em estado de gravidez e à criança desde os primeiros anos de vida. Assim, considera que este buscou maximizar o valor dignidade da pessoa humana levando em consideração o direito a primeira infância e a maternidade digna.

Relativamente ao direito à maternidade digna, este além de ser um dos objetos de tutela requeridos no *habeas corpus* coletivo, também figura entre os direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988 no artigo 6º o qual dispõe que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição<sup>437</sup>.

Especificamente em relação ao direito à maternidade à mulher presa, destaca-se que apesar da imposição de restrição de liberdade, a maternidade é um direito que não deve ser atingido pela restrição da liberdade. O exposto é fundamentado na Lei de Execução Penal - LEP que mesmo diante da aplicação de pena a lei garante a proteção da maternidade por meio do acompanhamento médico ao pré-natal e no pós-parto<sup>438</sup>. Estas são formas de resguardar a saúde e desenvolvimento da criança, mas também de garantir o direito à vida e à saúde da mulher gestante.

Observa-se que para além da Lei de Execução Penal, há vasta legislação que tutela o direito à maternidade digna, inclusive internacional como as Regras de Bangkok, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Resolução n. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário – CNPCP bem como as regras de Mandela, da qual se destacam os seguintes artigos:

Regra 28 Nos estabelecimentos prisionais para mulheres **devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes (...)**.

Regra 48.2 Os **instrumentos de coação não devem ser utilizados** em mulheres em trabalho de parto, nem durante nem imediatamente após o parto<sup>439</sup>.

No tocante ao encarceramento feminino, as Regras de Bangkok, aprovada no ano 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, estabelecem o consenso ético-jurídico internacional sobre o tratamento de mulheres presas se pautando na aplicação de medidas não privativas de liberdade. No documento são reafirmados direitos humanos relativos à maternidade, à família, à saúde da mulher, inclusive sexual e reprodutiva, e de seus filhos nos presídios. Estas regras representam uma resposta à inadequação de legislação e políticas criminais às condições femininas e à maternidade, com a reafirmação das responsabilidades

<sup>437</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA. **CRFB, 1998**. Grifo nosso. |

<sup>438</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal - LEP. Artigo 14º**. |

<sup>439</sup> ONU. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos - Regras de Mandela**. Resolução 70/175 da Assembleia - Geral, 2015. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em 12/12/2019.

dos países na implementação urgente nesse campo de leis e políticas de proteção e promoção dos direitos humanos.

Observa-se que diplomas internacionais e nacionais como as regras de Mandela também dispõe sobre direitos conferidos à mulher que acabam por alcançar a criança. Dentre eles destaca-se a regra 28 que impõe a necessidade e instalações especiais ao tratamento das reclusas grávidas, ou que tenham acabado de dar à luz e as covalentes.

Ressalta-se também a regra 48.2 que veda a utilização de algemas ou instrumentos de coação às mulheres em trabalho de parto, durante ou logo após<sup>440</sup>. Nesse mesmo sentido dispõe o Código de Processo Penal no artigo 292<sup>441</sup>. Por fim, a Lei de Execução Penal dispõe sobre o direito ao acompanhamento ao pré-natal e pós-parto no artigo 14<sup>442</sup>. Assim, é possível concluir que a legislação nacional ou internacional tutela dois sujeitos de direito, a mãe e a criança.

O conjunto normativo tecido indica que durante o período gestacional a mulher é sujeita de direitos específicos da maternidade. A proteção destes direitos são formas de se garantir uma maternidade digna os quais são efetivados quando se concretiza o direito a saúde, pré-natal, acompanhamento médico, espaço adequado a amamentação entre outros. Contudo, em razão da omissão do Estado, o sistema prisional não é capaz de atender tais direitos, gerando assim violações às mulheres mães ou gestantes.

Sem embargo ao arcabouço normativo tecido acima, pesquisa de campo realizada pelo IPEA aponta que a concretização do direito à saúde está distante da realidade contidas atrás dos muros prisionais:

Todas reclamaram do descaso com que essa atividade era exercida no interior da cadeia. Apesar da visita do médico ocorrer semanalmente, apenas uma mulher em cada cela pode dirigir-se ao mesmo, não havendo medicamentos específicos para determinadas moléstias e nem para todas as mulheres. Apesar de algumas terem falado que a Cadeia não possui dentista, outra informou que o dentista vai semanalmente à Cadeia e atende duas pessoas por quinta-feira, sendo que elas mesmas escolhem qual precisa mais do atendimento<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> ONU. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos - Regras de Mandela**. Resolução 70/175 da Assembleia - Geral, 2015. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em 12/12/2019.

<sup>441</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal (CPP)**. Decreto Lei nº 3.689 de 1941.

<sup>442</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal - LEP. Artigo 14º**.

<sup>443</sup> IPEA. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015, p. 43.

Em outra pesquisa realizada por diversos organismos não-governamentais como Pastoral Carcerária, a AJD - Associação de Juízes para a Democracia; e o Centro Dandara de Promotoras Legais Popular e apoio do Comitê Latino- Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher/CLADEM e do Programa para a América Latina da International *Women's Health Coalition*, no ano de 2007, foi possível a construção de relatório que constatou que durante a gravidez, a maioria das mulheres realizaram um exame laboratorial ou de imagem. O relatório também observou que a vaga em estabelecimento que permita a internação pós-parto, com local apropriado para receber a detenta e seu filho, não é direito assegurado para grande parcela de parturientes no sistema prisional, uma vez que, são raras as unidades prisionais que contemplam esse tipo de acomodação com berçário apropriado. Também se detectou que na maioria das unidades prisionais, especialmente nas Cadeias Públicas, o berçário é uma cela improvisada, com as mesmas características de insalubridade comuns a esses locais.

Além disso, diversos autores, inclusive para além do âmbito do direito, abordam esta problemática de ausência de estrutura mínima no ambiente do cumprimento de pena às mulheres. A partir deste cenário, estudos, pesquisas e livros expõem momentos da história das mulheres que estão aprisionadas. Dentre eles destacam-se livros como: ‘Presos que Menstruam’ de Nana Queiroz<sup>444</sup>; ‘Prisioneiras’ do Doutor Drauzio Varella<sup>445</sup>; ‘Cadeia: relatos sobre mulheres’ da antropóloga e professora Débora Diniz<sup>446</sup>.

Ainda conferindo relevo as violações de direitos que afrontam a dignidade, o relator Ministro Ricardo Lewandowski aponta a ausência de comunicação da família quanto ao parto, que uma em cada três mulheres foram levadas ao hospital em viatura policial, 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência – verbal e psicológica – foram praticados por profissionais da saúde em 16% dos casos e, por agentes penitenciários em 14% dos relatos. Salienta-se que 8% do total de mulheres ouvidas alegaram ter sido algemada enquanto davam à luz, 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. De acordo com os relatos colhidos durante a

---

<sup>444</sup>QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam** [recurso eletrônico] / Nana Queiroz. – 1º. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015. Disponível em: <<https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/Presos%20Que%20Menstruam%20-%20Nana%20Queiroz.pdf>>. Acesso em: 12/12/2019.

<sup>445</sup> VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1ª. ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

<sup>446</sup> DINIZ, Débora. **Cadeia: Relato sobre Mulheres**. Ed Civilização Brasileira; 1º Ed. 2017.

pesquisa, a intimidade das mulheres parturientes foi respeitada por 10,5% dos profissionais de saúde e por 11,3% dos agentes prisionais<sup>447</sup>.

Conforme destaca Rogério Greco esta realidade é um problema que deve ser enfrentado pelo Estado, pois o pré-natal é um direito, berçário adequado é direito, profissionais e parto digno é um direito e quando há a ausência destes direitos, a mulher acaba por ser exposta a uma dupla punição a qual se estende à criança<sup>448</sup>.

Neste ínterim, o que se observa é que o relator Ministro Ricardo Lewandowski teve como base de seu argumento a estrutura carcerária, as violências, bem como aspectos sociais que perpassam a mulher presa. Contudo, é perceptível que este expande seu campo de argumentação ao lançar atenção às especificidades que recaem às mulheres mães encarcerada. O exposto é detectado a partir de pronunciamento pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao exemplificar as situações de violação a dignidade diante da hiper-hipo maternidade, que se refere a termo cunhado pelas autoras Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti a partir de resultados alcançados em pesquisa com mulheres/mães em cárcere. Estas mapearam a percepção de gestantes e puérperas presas em relação ao exercício de maternidade em espaços de privação de liberdades.

Segundo a pesquisa, a junção de prisão e maternidade, em uma mesma pessoa, faz com que esta sofra um paradoxo, pois há o excesso de maternidade nos primeiros meses e, depois há a súbita ruptura dessa relação. A este fenômeno, as autoras dão os nomes de hipermaternidade e hipomaternidade<sup>449</sup>.

Segundo a pesquisa, a maioria dos espaços voltados a abrigar mães presas e seus filhos, cria circunstâncias para que a mãe não tenha escolha a não ser viver a hipermodernidade. Assim, quando o bebê nasce ocorre a estagnação da vida na prisão, pois as mães são separadas fisicamente, do cotidiano prisional e se estavam engajadas em alguma atividade laboral, escolar, cultural e/ou religiosa, sua participação é interrompida para que se dedique exclusivamente aos cuidados da criança fazendo com que no período da maternidade

---

<sup>447</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 43.

<sup>448</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual De Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 272.

<sup>449</sup>BRAGA, Ana, G. M.; ANGOTTI, Bruna. **Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro**. *Sur 22 - Revista Internacional de Direitos Humanos*. V. 12 n° 22, 2015, p. 229.

a mulher viva exclusivamente em espaços em que ela se sinta mãe, para tanto, estas passam os dias mais trancadas do que aquelas que estão em regime fechado<sup>450</sup>.

O paradoxo que se instala é que a mulher é submetida a momentos de hiper maternidade, mas, sob a real perspectiva de separação do filho à curto prazo. Nesse sentido segue colacionado trecho de entrevista com uma das mulheres reclusas que expressa esse paradoxo vivenciado durante a estadia com a criança:

Todo o dia eu acordo com medo de ser o dia de levarem minha filha. Quando chega às 17hs fico aliviada, terei mais uma noite com ela.”, nos contou Lucinéia, do Butantã. A angústia da ruptura súbita da convivência com o bebê estava expressa nessa mulher, que já havia arrumado em uma mala os pertences da filha, pois a hora da despedida se aproximava<sup>451</sup>.

Estudo realizado na casa de Albergue Feminino de Porto Alegre/RS detectou que a maternidade na prisão é vivenciada de forma ambígua, pois ao mesmo tempo em que é motivo de alegria é uma forma de penalização face ao futuro certo de separação do que até então faz parte do seu corpo. Nesse sentido as autoras afirmam:

Para elas a maternidade ainda sustenta o tênue fio da auto-referência de gênero de humanidade, adquirindo fundamentalmente significação para escoar os vínculos afetivos entre os mundos de dentro e o de fora das grades. Deste modo, passa a ser vivida muitas vezes como força de resistência e sobrevivência de uma antiga subjetividade livre, anterior ao descumprimento imposto pela prisão. No momento da separação dos filhos ou filhas, vemos então emergir uma das formas mais violentas de mutilação experimentada pelas mulheres albergadas<sup>452</sup>.

Considera-se que tecer o termo hiper-hipo maternidade no voto revela que o Ministro Lewandowski se atentou às violações de direitos que atravessam a mulher desenhadas por perplexas vulnerabilidades que se manifestam inclusive como outras formas de pena não legítimas, como por exemplo, a ruptura abrupta da criança com a mãe e estar mais presa do que as que estão em regime fechado.

Destaca-se que o Ministro Lewandowski ao tecer no corpo do voto o termo hiper-hipo maternidade pontua que a hiper-hipo maternidade inviabiliza o exercício de uma maternidade digna e, portanto, é preciso pensar em alternativas à separação mãe e criança. A partir desse argumento, destaca-se a figura da mulher e seus direitos à maternidade.

---

<sup>450</sup> Ibidem, p. 233.

<sup>451</sup> Ibidem, p. 234-235.

<sup>452</sup> WERBA, Graziela C; DUARTE, Raquel A. Esperança & CIA. **Como sobrevivem as mães apenadas.** In: coletivo Feminino Plural. Vida, saúde e sexualidade das mulheres em regime semi-aberto: a um passo da liberdade – um projeto de prevenção em DSTs/HIV/AIDS com mulheres presas. Org. Telia Negrão e Aparecida Luz Fernandes. Pref. Fátima Oliveira – Porto Alegre, 2005, p. 56.

À vista das violações tecidas, o Ministro Lewandowski convida os demais Ministros a adotar uma posição capaz de mudar este quadro de violação. Nesse sentido destaca:

É evidente o descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País<sup>453</sup>.

Os argumentos apresentados acima permitem considerar que o voto do Ministro Ricardo Lewandowski se atentou à violação de direitos da mulher mãe ou grávida no cárcere tendo como base a ausência de estrutura no sistema prisional e que tais violações se estendem à criança. Por todo o exposto é possível considerar que o valor dignidade humana ganha novos contornos na faceta do direito a maternidade digna que para sua concretização imprime a necessidade, diante do caso em estudo, levar em consideração a ausência de estrutura no sistema prisional bem como a ligação entre os direitos à maternidade e infância digna.

### **3.2.2. Princípio da proporcionalidade no Direito penal**

Salienta-se que os votos dos Ministros lançaram atenção ao princípio da proporcionalidade do direito penal, especialmente o Ministro Relator Ricardo Lewandowski que no desenvolvimento de seu voto se atentou ao aumento exponencial da população carcerária feminina com particular concentração nos crimes de tráfico de drogas atingindo percentual de 62%, enquanto homens atingem o percentual de 26%<sup>454</sup>.

Neste contexto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski ressalta que os delitos que majoritariamente as mulheres incorrem não envolvem violência ou grave ameaça à pessoa. Nestes termos destaca que nos crimes de tráfico de drogas não raro, a repressão recai “sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de mulas do tráfico”. Em razão deste cenário, o relator aponta que quase sempre a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão

---

<sup>453</sup>BRASIL. STF, **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 43.

<sup>454</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN MULHERES. 2017, p. 14 -16.

domiciliar prevista no artigo 318, com a devida fiscalização, é capaz de impedir a reiteração criminosa<sup>455</sup>.

Em pesquisa realizada por Vanessa Chiari Gonçalves e Ceres Dankwardt intitulada ‘O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre’, os autores problematizam os efeitos da adoção do monitoramento eletrônico, como alternativa ao encarceramento das mulheres que cumprem pena no regime semiaberto, na Comarca de Porto Alegre. Para tanto, realizam pesquisa de campo, mediante o acompanhamento dos processos de execução penal de todas as mulheres em situação de monitoramento eletrônico (tornozeleiras) durante o período de 28 de outubro de 2015 a 01 de novembro de 2016, o que resultou no acompanhamento de 92 mulheres com tornozeleira eletrônica no Município.

Destaca-se que a finalidade da pesquisa era compreender o que normalmente acontece no decorrer do andamento dos processos de execução aferindo se haverá acusação da prática de novos delitos com regressão de regime, perda da condição de monitorada eletronicamente ou, ainda, fugas<sup>456</sup>. No que tange aos resultados da pesquisa supramencionada, os autores verificaram que das 92 mulheres monitoradas, 7 apresentaram ocorrências negativas, o que representa 7,6% do total. Seguindo com os resultados, os autores discriminam o que ocorreu em cada caso.

Duas condenadas por tráfico de drogas, que são primárias, fugiram e permaneceram na condição de foragidas. Outras 2 condenadas por tráfico de drogas, também primárias, fugiram e foram recapturadas, tendo uma delas permanecido com a tornozeleira, após o registro de fuga, e a outra regredido para o regime fechado. As outras 3 mulheres (uma delas condenada por tráfico e as demais por roubo), todas primárias, regrediram para o regime fechado em virtude da soma de nova condenação por crime praticado antes do início do cumprimento da pena com tornozeleira eletrônica<sup>457</sup>.

A partir da pesquisa, pode-se considerar que o índice de reincidência, dentre as monitoradas eletronicamente, é inexpressivo. Essa constatação indica que o cumprimento de pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica representa um importante aliado do Estado no controle da criminalidade, importante mecanismo de reintegração social das mulheres, forma de garantia do direito à maternidade digna, bem como proteção de direitos à primeira infância.

---

<sup>455</sup> Op. cit. p. 34.

<sup>456</sup> GONÇALVES, Vanessa, Chiari; DANCKWARDT, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** [online] /Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 8, V.17º (janeiro/abril.2017). – Porto Alegre: DPE, 2017, p, 138.

<sup>457</sup> Ibidem, p. 144.

Nesse sentido, cumpri destacar que o princípio da proporcionalidade é princípio não aplicável apenas no âmbito do direito penal, pois há incidência em várias áreas do Direito. Este princípio tem lastro na ideia de razoabilidade o que é imanente ao conceito de justiça e decorre do Estado de Direito. Este “não está previsto explicitamente na Constituição, porém deriva das regras básicas do Estado Democrático de Direito e da dimensão da dignidade humana. Provém da legalidade, como anteposição ao arbítrio e, sobretudo, dos reflexos da igualdade”<sup>458</sup>.

Considera-se que o princípio da proporcionalidade é ínsito ao vetor Constitucional da legalidade, bem como atua como instituto limitador do poder do Estado como um verdadeiro limite de interferência ao poder punitivo, “protegendo o indivíduo contra a intervenção Estatal desnecessária ou indevida”<sup>459</sup>.

Destaca-se que a proporcionalidade ao Estado impõe um esforço visando a contenção do arbítrio em decorrência da garantia fundamental da dignidade humana. Segundo destaca Bonavides, a vinculação da proporcionalidade ao constitucionalismo ocorre por vias dos direitos fundamentais, “uma vez que vincula à liberdade, à contenção aos poderes do Estado”<sup>460</sup>.

Segundo Marcelo Semer, o “proporcional é o que distancia o justo e razoável do arbitrário e excessivo”. É importante demarcar que no âmbito do Direito Penal o princípio da proporcionalidade é respaldado em dois vetores, quais sejam, na igualdade e na proibição de excesso. No que tange a igualdade fere-se a proporcionalidade quando em situações equiparadas há tratamento desigual. Enquanto o excesso decorre da aplicação de medidas desproporcionais diante do caso concreto<sup>461</sup>.

Ainda no que tange a proporcionalidade, observa-se que a doutrina distingue o princípio em três dimensões. O primeiro diz respeito a pertinência ou aptidão, na qual se usa certo meio para atingir um fim baseado no interesse público. A segunda diz respeito a necessidade, a qual é mensurada na medida em que não excede os limites indispensáveis à

---

<sup>458</sup>SEMER, Marcelo. **Princípios penais e Estado Democrático**. 1º ed - São Paulo. Estudio editores.com. Coleção para entender o Direito, 2014. p. 76.

<sup>459</sup> GOMES, Mariângela, G. de M. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo, RT, 2003.p. 35.

<sup>460</sup> BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4º ed - São Paulo. Melhereires editores, 1993, p. 364.

<sup>461</sup> Op. cit. pp. 73-74.

concretizar o fim que se almeja. A terceira diz respeito a proporcionalidade *stricto sensu* em que se busca otimizar princípios colidentes<sup>462</sup>.

Voltando à discussão quanto a construção do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, considera-se que esteve presente no seu voto o fundamento Constitucional da proporcionalidade. O Ministro destacou a desnecessidade bem como o ferimento a proporcionalidade em razão do uso excessivo de prisões preventivas às mulheres mães ou grávidas.

Para chegar a este contexto o Ministro Lewandowski trouxe dados que evidenciam o aumento de prisão de mulheres, especialmente na modalidade preventiva, em que segundo dados 45% das mulheres são presas provisórias, que 62% destas mulheres são suspeitas de terem incidido em crimes que não envolve violência ou grave ameaça à pessoa<sup>463</sup>.

Portanto, neste cenário, o Ministro Lewandowski afirma que não se sustenta a necessidade de aplicação de prisão preventiva, uma vez que a prisão domiciliar atenderia o fim almejado, qual seja, evitar reiteração criminosa por meio de monitoramento eletrônico, bem como a prisão preventiva se manifesta desproporcional em razão de ferir a maternidade digna, que é direito da mulher, e ferir direitos à primeira infância<sup>464</sup>.

Como uma das facetas do princípio da proporcionalidade se manifesta o princípio da intranscendência da pena, o qual também esteve presente na construção dos votos dos Ministros e será o tema desenvolvido a seguir.

### 3.2.3. Princípio da Intranscendência da Pena

Continuando a análise que procura identificar os argumentos constitucionais presentes na construção dos votos, dentre eles destaca-se o princípio da intranscendência da pena, a qual está previsto na Constituição no artigo 5º, inciso XLV e, no caso em estudo, encontra reforço no artigo 227 da Constituição que dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

---

<sup>462</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2009, apud. BONAVIDES, 1993, p. 360.

<sup>463</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN MULHERES.2017, p. 14 -16.

<sup>464</sup>BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 34.

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>465</sup>.

Destaca-se que este argumento Constitucional fora manuseado especialmente pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho de seu voto:

Aqui, não é demais lembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que **“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”**, sendo escusado anotar que, **no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças** que portam no ventre e àquelas que geraram. São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças<sup>466</sup>.

No que tange a este princípio cumpre destacar que se trata de princípio Constitucional na qualidade de direito fundamental. Este tem aplicabilidade imediata, conforme dispõe artigo 5º, § 1º da Constituição<sup>467</sup>.

Segundo destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, este princípio se conjuga como uma garantia limite, pois deste nasce poderes ao sujeito de exigir que o Estado não faça algo. Por fim, se destaca que o princípio da intranscendência da pena é clausula pétrea prevista no artigo 60 § 4º da Constituição a qual tem característica de inamovível<sup>468</sup>.

Em sequência ao exposto, cumpri frisar que este princípio é mecanismo que limita a intervenção Estatal e decorre, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. É possível depreender que o princípio da individualização da pena tem como escopo resguardar a dignidade humana de forma a impossibilitar a aplicação de penas genéricas, impedir que sejam aplicadas como exemplo aos outros cidadãos, porque o homem sendo um fim em si mesmo não pode ser usado como meio de influenciar a atitude de terceiros, e por fim, o princípio também visa limitar a pena e os seus efeitos a pessoa do condenado<sup>469</sup>.

Diante do exposto, considera-se que os votos dos Ministros, que usaram como fundamento o princípio da individualização da pena, se centraram no aspecto da

<sup>465</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **CRFB. 1988.**

<sup>466</sup> Op. cit. , p. 48.

<sup>467</sup> NUCCI, Guilherme, de S. **Manual de Direito Penal.** 12º Ed. revista atual e ampl. - Rio de Janeiro. Forense, 2016, p. 25.

<sup>468</sup> FERREIRA FILHO. Manoel, G. **Direitos Humanos Fundamentais.** 11º ed. rev. e aum - São Paulo. Ed Saraiva, , 2009, p. 101-109.

<sup>469</sup> SEMER, Marcelo. **Princípios penais e Estado Democrático.** 1º ed - São Paulo. Estudio editores.com. Coleção para entender o Direito, 2014, p. 89-90.

intranscendência da pena. Assim, apesar do princípio gerar implicações em todas as etapas de fixação da pena, seja na fase legislativa de cominação de pena mínima e máxima, na fase judicial em que a aplicação deve incorrer de forma individualizada, bem como na fase de execução<sup>470</sup>, os caminhos percorridos pelos votos, especialmente do Ministro Ricardo Lewandowski, se voltaram à reforçar a garantia Constitucional de que a pena se limite a pessoa da mãe, sem deixar de observar que no caso em estudo se trata de aplicação de prisão provisória em que não há certeza da culpa, e, portanto, não há incidência de pena propriamente dita.

Apesar de não se tratar de pena, pois esta somente é aplicável após certeza da culpa com trânsito em julgado conforme dispõe artigo 5º, LVII da CRFB, os votos apontaram diversas violações de direitos que se manifestam como punições extrapenais<sup>471</sup> que alcançam as crianças em decorrência do veículo materno. Assim, o Ministro Relator sustenta que em razão da violação da dignidade das mulheres se viola direitos das crianças envolvidas, pois “os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe”<sup>472</sup>.

Em razão dessa situação o relator destacou em seu voto a necessidade de atenção no pré-natal, o cuidado com o parto e o acompanhamento pediátrico, pois esses para além de serem direitos da mãe são direitos das crianças<sup>473</sup>.

Nesse sentido, Luisi Luiz afirma que:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Fica de forma explícita, que ao contrário do direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.<sup>474</sup>

Apesar de ser esse o princípio consagrado no direito brasileiro, conforme as pesquisas apresentadas, o que se verifica na prisão feminina é exatamente ao revés, uma vez que a pena acaba por alcançar muitas crianças. Em harmonia com o exposto Zaffaroni afirma que “na

---

<sup>470</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>471</sup> Não previstas legalmente.

<sup>472</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 48.

<sup>473</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>474</sup> LUIZ, Luisi. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e amp. Porto alegre: Fabris Editor, 2002.p. 51.

realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado”<sup>475</sup>.

Pesquisa de dissertação de mestrado realizada por David Monteiro confirma a situação de violação da regra Constitucional quando a pena adquire a característica de dupla penalização alcançando a criança. O autor salienta que a violação de direito de um sujeito acarretará a violação do outro sujeito, pois estes estão ligados. Nesse sentido dispõe que:

Questionar a dupla penalização das mães e de seus filhos em ambiente penitenciário significa compreender, inicialmente, duas situações distintas:

- i) a da mulher presa que se vê forçada a permanecer num espaço de sobrevivência criado para homens; gerido de modo alheio aos seus particularismos e reprodutora de estereótipos que permeiam a sociedade de modo geral;
- ii) a sujeição das crianças ao universo prisional<sup>476</sup>.

Considera-se que a violação da dignidade da mãe alcança a criança, o que fere o princípio da individualização da pena. Nesse sentido, destaca-se que o Ministro Ricardo Lewandowski foi o que mais lançou mão ao princípio da intranscendência da pena para a construção de seus argumentos e a partir deste fundamento Constitucional, se atentou à figura da criança ou nascituro como sujeito de direito.

### **3.2.4. Prioridade Absoluta e Melhor interesse da criança**

Antes de iniciar a análise quanto a construção dos votos a partir do princípio do superior interesse da criança, é importante advertir que este é o princípio mais operado pelos Ministros para construir a base dos argumentos jurídicos no decorrer de seus votos. Frisa-se que em razão de ser este o princípio que está presente em quase todos os votos, que dão base a decisão final, será este o tópico que exigirá mais fôlego para sua construção e desenvolvimento.

Assim, com a finalidade de preparar o cenário para posteriormente trabalhar os argumentos desenvolvidos pelos Senhores Ministros, preliminarmente, é importante se debruçar quanto ao que a doutrina dispõe sobre o princípio do superior interesse da criança, sua amplitude, conceitos e aplicação.

---

<sup>475</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, José, H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2006, p. 154.

<sup>476</sup> MONTEIRO, David, de O. **Maternidade na Prisão**: instrumentos de proteção e defesa dos Direitos Humanos. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2013, p. 78-79.

Destaca-se que antes do superior, ou melhor, interesse da criança e do adolescente galgar ao plano nacional, este como todos demais institutos jurídicos passaram por um processo de construção que posteriormente culminou na formulação de diplomas normativos.

Neste ínterim, a origem histórica do superior, ou melhor, interesse da criança tem base no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico que outorgava ao Estado a guarda dos indivíduos considerados limitados, em que dentre eles estavam as crianças e os chamados loucos. No século XVIII o princípio do melhor interesse da criança foi oficializado no sistema jurídico inglês. Em 1959 obteve seu reconhecimento internacional na Declaração dos Direitos da Criança<sup>477</sup>. Nessa esteira Emilio Garcia Méndez assevera que:

*La doctrina de la protección integral incorpora em forma vinculante para los países signatarios todos los principios fundamentales del derecho a la nueva legislación para la infancia. En otras palabras, esta nueva doctrina de legítima política, y sobre todo jurídicamente, el viejo derecho de menores, colocando paradójicamente en situación totalmente irregular. Enormes son todavía, los esfuerzos de difusión a ser realizados para su cabal comprensión por parte del mundo jurídico. De la vigencia de la doctrina de la protección integral, es posible deducir algunas pautas básicas y esenciales (...). El reconocimiento del niño y el adolescente como sujeto pleno de derechos constituye el punto neurálgico del nuevo derecho. (...)*<sup>478</sup>.

Deste modo, o princípio fora previsto expressamente na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 em seu art. 3.1, art. 9.1, art. 9.3, art. 18.1, art. 21, art. 37, “c”, art. 40.2, “b”, III. Posteriormente alcançou previsão expressa a âmbito nacional na Constituição no artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 16 de setembro de 1990, cuja vigência no Brasil ocorreu em 27 de setembro de 1990, em seu art. 4º e 100º, parágrafo único, IV.

No que se refere ao plano normativo nacional, destaca-se que o Estatuto da criança e do adolescente é formado por princípios e regras que dirigem todo o sistema e orienta todo o ECA, os quais são o princípio da prioridade absoluta, o princípio do superior interesse da criança e o princípio da municipalização.

<sup>477</sup> MACIEL, Kátia, R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>478</sup> A doutrina da proteção integral incorpora de maneira vinculativa, os países signatários, todos os princípios fundamentais do direito à nova legislação para crianças. Em outras palavras, essa nova doutrina da política legítima e, acima de tudo legalmente, a antiga lei juvenil, paradoxalmente a coloca em uma situação totalmente irregular. Os esforços de disseminação a serem totalmente compreendidos pelo mundo jurídico ainda são enormes. A partir da validade da doutrina da proteção integral, é possível deduzir algumas diretrizes básicas e essenciais (...). O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito pleno dos direitos constitui o centro nervoso da nova lei.

(MÉNDEZ, Emilio, G. **Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral**. Forum Pacis, Colombia, 1997, p. 10. tradução nossa)

A partir do exposto, destaca-se que o princípio da prioridade absoluta e superior interesse da criança são os que hão de direcionar o presente tópico. Inicialmente é importante destacar que princípio e regras apresentam algumas diferenças. Segundo Canotilho:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica, os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem como as regras a lógica de tudo ou nada), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes<sup>479</sup>.

Quanto ao princípio da prioridade absoluta, tem-se que este é princípio Constitucional estabelecido pelo artigo 227, previsto no artigo 4º e 100 § único e inciso II da lei nº 8.069 os quais estabelecem a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Conforme destaca a autora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, deve-se dar primazia a concretização do melhor interesse da criança seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social, familiar “não comportando indagações ou ponderações sobre qual interesse tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte”<sup>480</sup>.

Nesta toada, pode-se concluir que, trata-se de princípio orientador tanto para o legislador quanto para o julgador ou aplicador do direito em que as necessidades da criança e do adolescente terão primazia no critério de interpretação em situações de conflitos.

No que tange ao princípio da prioridade absoluta, este está consubstanciado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e institui à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público o dever de assegurar, com prioridade absoluta, a concretização dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Assim, sinaliza Fonseca que as instituições públicas devem guiar suas rotinas, também, pela idade das pessoas, e ao judiciário incube o dever de efetivar o princípio da prioridade absoluta, devendo adicionar a interpretação e aplicação dos direitos a começar de

---

<sup>479</sup> CANOTILHO, José. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almeida, 1998. p. 1034.

<sup>480</sup> MACIEL, Kátia, R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.

lentes que leem e imprimem nas suas decisões a prioridade na concretização no direito das crianças<sup>481</sup>.

A este respeito a autora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel assevera que a aplicação do princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve:

Na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismo do intérprete. Interesse superior ou melhor interesse não é o que o julgador ou aplicador da lei entende que o melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende a sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível<sup>482</sup>.

É importante ressaltar que tanto a Constituição quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhecem expressamente diversos direitos fundamentais os quais na medida em que são efetivados privilegiam a dignidade da criança que é reconhecida como pessoa em desenvolvimento.

Dentre o conjunto de direitos destaca-se o previsto no artigo 227 da Constituição e no artigo 4º do ECA os quais dispõe sobre o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Pela nova ordem estabelecida, as crianças e adolescentes são expressamente reconhecidos como sujeitos de direitos, portadores não só de uma proteção jurídica comum, que é reconhecida para todas as pessoas, mas detém ainda uma “supra proteção ou proteção complementar de seus direitos”<sup>483</sup>.

Contudo, pode haver situações em que a concretização do direito à dignidade da criança exigirá a ponderação do direito à liberdade ou da convivência familiar. De outra forma, poderá haver situações em que haverá a necessidade de maximização do melhor interesse da criança<sup>484</sup>.

---

<sup>481</sup> FONSECA, Antônio, C. L. da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

<sup>482</sup> Op. cit.

<sup>483</sup> BRUNÖL, Miguel, C. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Org.). Tradução de Eliete Ávila Wofff. *Infância, lei e democracia na América Latina. Análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998)*. Blumenau: Edifurb, vol. 1, 2001, p.92.

<sup>484</sup> MACIEL, Kátia, R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.

Exemplo abstrato do exposto seria uma mulher em situação de cárcere de forma provisória durante a persecução processual penal sem condenação, no exercício de seus direitos reprodutivos, por meio de reprodução caseira ou natural, venha gestar uma criança.

Esta situação pode ser interpretada sob duas lentes jurídicas. A primeira diz respeito a hipótese de abuso de direito, em que a gestação é usada como mecanismo para alcançar a prisão domiciliar. É importante observar que por ser mulher em estado de gestação, o evento gravidez trará implicações específicas no processo penal gerando a possibilidade de aplicação de prisão domiciliar na fase processual<sup>485</sup>.

A segunda hipótese é que trata-se de mero exercício de direitos reprodutivos que não são atingidos ainda que condenada. A partir dos caminhos de leitura da situação, com base na doutrina nacional, ainda que presente o abuso de direito, o melhor interesse da criança deve preponderar. Seria desproporcional e violaria o artigo 227 da Constituição fazer com que a criança suporte os efeitos nefastos de uma gestação no cárcere, nascer presa e ficar neste espaço, no mínimo, por seis para posterior quebra de vínculos com a figura materna.

A ilustração firmada acima não tem resposta certa, especialmente no que diz respeito ao melhor interesse da criança, porque a reflexão a partir desse princípio impõe dificuldades em razão do emaranhado de interesses envolvidos posto que as decisões de hoje refletirão na perspectiva de futuro de uma pessoa em formação. Este é campo espinhoso visto que envolve complexidades de questões que só podem ser averiguadas no caso concreto.

Tal situação decorre do fato de que o superior interesse da criança é um princípio e, portanto, seu conceito é abstrato e genérico não existindo um conceito pronto, definido e acabado. A dificuldade de conceituação do princípio em razão tanto da estrutura normativa deste como do fato de que são infinitos os padrões comportamentais das famílias, contendo cada uma a sua própria complexidade. Por esse motivo não há um conceito pré-definido acerca do melhor interesse da criança, sendo permitido que a norma seja adaptada conforme as imprevisibilidades e especificidades de cada núcleo familiar. Por tais razões o autor Rodrigo da Cunha Pereira afirma que:

---

<sup>485</sup> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:  
III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;  
**IV - gestante;**  
**V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;**  
VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.  
BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689/1941.

O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. (...) Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética<sup>486</sup>.

Em suma, considera-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente prima de maneira absoluta, para que sejam asseguradas as crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária e que a partir do caso concreto deve o intérprete conferir proeminência a efetivação da dignidade da criança e do adolescente. À vista das construções teóricas quanto à origem, conceito e aplicação do princípio do superior interesse da criança e do adolescente, volta-se a análise da construção dos argumentos jurídicos constitucionais usados pelos Senhores Ministros.

Verifica-se que os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes se apoiaram majoritariamente no princípio do superior interesse da criança. Assim o Ministro Dias Toffoli, iniciou sua análise se posicionando a partir do sujeito de direito criança destacando que a tutela pleiteada deve ser conferida atentando-se ao direito à primeira infância. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho da decisão:

**Dito isso, para não se subverter a exegese da Lei nº 13.257/16, que visa tutelar os interesses e o bem estar do menor**, resguardados pela própria Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, entendo cabível a substituição da prisão preventiva por domiciliar na forma da lei processual penal a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, desde que precedida, à luz de cada caso, do preenchimento dos requisitos enunciados pelo Relator em seu voto, os quais subscrevo integralmente<sup>487</sup>.

No que diz respeito ao sujeito de direito em questão, tem-se que poucas doutrinas trabalham o assunto. Apesar do exposto, destaca-se que o livro de Guilherme de Souza Nucci intitulado ‘Prisão e Liberdade’ aponta como sujeito de direito a criança. Nesse sentido, segue trecho do exposto:

*A mens legis diz com a necessidade de resguardar, em tal situação, não o agente criminoso, mas sim a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade* legitimadora de maiores cuidados, quais as crianças e deficientes, de modo coerente, inclusive, com a maior proteção a eles deferida pelo ordenamento jurídico nacional, Constitucional e infraconstitucional, e internacional. Portanto, o raciocínio que se

<sup>486</sup> PEREIRA, Rodrigo, da C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

<sup>487</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Ministro Dias Toffoli. DJe, 20.02.2018, p. 87. Grifo nosso.

deve fazer, neste caso, deve partir da consideração do que é melhor para o vulnerável o filho recém-nascido e não do que é mais apazível para a paciente<sup>488</sup>.

É argumento importante para a fundamentação da decisão tanto do Ministro Dias Toffoli como do Ministro Gilmar Mendes a necessidade de tutelar o melhor interesse e proteção integral da criança com proeminência a qualquer outro direito. Por tais razões o Ministro fundamenta que na aplicação da prisão domiciliar o que deve ser levado em consideração é o superior interesse da criança, portanto a análise deve ser feita no caso concreto e não de forma abstrata sob pena retroceder em efetivação na dignidade da criança ou adolescente. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho do voto:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É porque há casos específicos. Eu sempre tenho muitas dúvidas em amarrar - e já disse isso em votos no Plenário e aqui na Turma -, de maneira objetiva, situações que são extremamente amplas na realidade social<sup>489</sup>.

Assim, à vista do voto do relator e do Ministro Dias Toffoli percebe-se que na construção de solução jurídica, como o sujeito de direito reconhecido e o interesse que deve preponderar é o da criança. O Ministro Dias Toffoli e Gilmar Mendes entendem que há a necessidade de a concessão da prisão domiciliar ser analisada caso a caso, pois não há como avaliar o melhor interesse da criança de forma geral e abstrata.

Por fim, destaca-se que a técnica de interpretação Constitucional utilizada é a de ponderação de valores ou interesses, pois os Ministros procederam a avaliação quanto a qual bem Constitucional deve prevalecer para direcionar o paradigma de aplicação do instituto da prisão domiciliar<sup>490</sup>.

Voltando atenção aos argumentos apresentados pelo Ministro Edson Fachin que também teve como suporte o princípio do superior interesse da criança, detecta-se que o Ministro pontuou que as alterações feitas no Código de Processo Penal estão fundamentadas em políticas públicas direcionadas à primeira infância buscando concretizar o artigo 227 da Constituição Federal, bem como destaca que a declaração *Keiv* de 2009 estabelece o princípio de absoluta prioridade à criança<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> NUCCI, Guilherme, de S. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 114. Grifo nosso.

<sup>489</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Ministro Dias Toffoli. DJe, 20.02.2018, p.115.

<sup>490</sup> BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º ed. Rev e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012.p. 172.

<sup>491</sup> Op. cit. p. 135.

Nesse sentido, observa-se que o Ministro Edson Fachin lançou mão a todos os dispositivos nacionais e internacionais que destacam o direito da criança. Pode-se considerar que a posição deste é que o sujeito de direito é a criança. Corroborando o exposto o trecho do voto colacionado abaixo:

Como se observa da leitura de tais dispositivos, **é a partir do direito da criança, pensado em absoluta prioridade, que se deve analisar o direito de liberdade invocado no presente habeas corpus**, nos termos em que invocado na própria inicial da impetração. Não há dúvidas que as mulheres, mas também os homens presos, nos termos do art. 318, VI, do CPP, têm direito à vida familiar e à reinserção social. **O instrumento previsto pelo art. 318, no entanto, destina-se à avaliação concreta, feita pelo juiz da causa, do melhor interesse da criança**<sup>492</sup>.

O Ministro Edson Fachin também justifica sua posição nas regras sobre a situação das mulheres gestantes, com filhos/as e lactantes na prisão inseridos nas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok (2010). Nesse sentido, destaca as seguintes regras:

Regra 23 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos.

23.1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres **devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes**. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

2) Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

Regra 48

1. **Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.**

2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

3. **As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.**

Regra 49

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

Regra 50

**Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.**

Regra 51

1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.

---

<sup>492</sup> Ibidem, , p. 144.

2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.

2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.

3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida<sup>493</sup>.

Após demarcada a legislação, o Ministro Fachin adota similar argumento desenvolvido pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, o qual parte do pressuposto de que a criança é o principal sujeito de direito e, portanto, a concessão da medida não deve partir de uma observação abstrata, pois “como consta da recomendação do Comitê de Direito das Crianças e das Regras de Bangkok, apenas caso a caso é que o melhor interesse da criança pode ser avaliado”<sup>494</sup>.

Por fim, o Ministro Edson Fachin assevera na sua decisão final que do dispositivo legal do Código de Processo Penal em questão é possível destacar várias interpretações e que caberia ao STF estabelecer uma interpretação em consonância com a Constituição. A partir desta perspectiva o relator decide:

Ante o exposto, defiro a ordem de habeas corpus coletivo exclusivamente para dar interpretação conforme os incisos IV, V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, **a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança**, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas.

(...)

É como voto<sup>495</sup>.

O Ministro Edson Fachin decide em consonância com a argumentação construída ao longo do desenvolvimento de seu voto, afirmando a interpretação que entende conforme a Constituição de que o sujeito de direito que deve ser observado, à concessão da prisão domiciliar, é a criança.

Depois de fixado que o princípio do superior interesse da criança é o que deve preponderar quando da análise da concessão ou denegação da prisão domiciliar o Ministro

<sup>493</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Ministro Edson Fachin. DJe, 20.02.2018, p. 136-138. Grifo nosso.

<sup>494</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>495</sup> Ibidem, p. 140.

Edson Fachin sustenta que no caso de mulheres grávidas ou ante a necessidade da presença da mãe nos primeiros anos de vida, é necessário a análise de cada caso em concreto porque o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não é um aval para a concessão de prisão domiciliar a todas às mulheres mães gestantes. Esse fundamento jurídico é elemento novo em relação a o voto do Ministro Dias Toffoli, bem como dos demais Ministros.

No que diz respeito ao estado de coisa inconstitucional, verifica-se que apesar deste também ter sido um dos argumentos apresentados pelo Ministro relator Ricardo Lewandowski, a forma como essa foi usada se diferencia da apresentada pelo Ministro Edson Fachin, pois, enquanto este último entende que com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional a Corte não se pôs a revogar as leis, mas, tão somente que, diante da realidade, a legislação fosse interpretada à luz de direitos fundamentais. O Ministro relator Ricardo Lewandowski apresentou o estado de coisa inconstitucional no sistema prisional como uma situação geral de violação de direitos e, por tais razões não destacou a necessidade de análise de caso a caso. Para evidenciar o contraste exposto, segue trecho do voto do Ministro Fachin e do Ministro relator:

**Nessa dimensão, as ponderações a serem feitas pelo magistrado devem ser sempre concretamente realizadas. O estado de coisas inconstitucional não implica automaticamente o encarceramento domiciliar.** Apenas à luz dos casos concretos é que é possível avaliar todas as demais alternativas para que, como prevê a Declaração de Kiev sobre a Saúde das Mulheres Encarceradas, o encarceramento de mulheres grávidas ou com crianças menores seja reduzido ao mínimo. Essa diretriz decorre do próprio Código de Processo Penal, ao prever, para a prisão preventiva, que ela só poderá ser aplicada, quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal)<sup>496</sup>.

A degradação do sistema prisional brasileiro é uma realidade inafastável. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu isso na ADPF 347 por unanimidade, salvo engano de minha parte. E há também, na verdade, é um verdadeiro brocardo jurídico, talvez um princípio universal de Direito mais do que uma norma agasalhada pelo nosso Direito Processual Positivo, segundo o qual fatos notórios independem de provas. Portanto, estamos diante de fatos notórios, talvez, há uma ou outra exceção num Estado avançadíssimo, como é esse Estado do qual Vossa Excelência provém, o Paraná, é possível que ocasionalmente uma ou outra gestante, uma ou outra mãe, uma ou outra criança esteja melhor atendida, mas a grande realidade nacional - e eu conheço de corpo presente, porque estive em praticamente todas as unidades prisionais mais importantes desse País -, eu sei que a situação é degradante e sujeita o Brasil a críticas, a meu ver, merecidas do ponto de vista dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> Ibidem, p 134.

<sup>497</sup>BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Ministro Relator Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 110.

No que tange a interpretação feita pelo Ministro Edson Fachin, considera-se que este além de proceder a ponderação de valores, usou uma interpretação lógico-sistêmica com base no arcabouço normativo nacional e internacional procedendo a uma correlação com todos os dispositivos legais que se articulam com o valor melhor interesse da criança<sup>498</sup>.

Por fim, passando a análise da construção dos argumentos jurídicos constitucionais do último Ministro que lançou mão ao princípio do melhor interesse da criança, destaca-se esta também configurou base na construção da argumentação do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, contudo, sob ângulo diferente do adotado pelos demais Ministros especialmente porque aquele partiu de uma interpretação abstrata. Assim, a análise se fez mais ampla abarcando questões econômicas, sociais, familiares, psicológicas e seus impactos no desenvolvimento saudável da criança e resguardo de sua dignidade.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski partiu da análise das diversas complexidades presentes no cenário em estudo que vão desde as implicações ao direito de a criança manter a mãe em cárcere durante a gestação, estar a criança em cárcere nos seus primeiros anos de vida, bem como as implicações à criança decorrente da separação de mães e filhos.

Ante a amplitude verificada nos argumentos fixados junto ao fio condutor superior interesse da criança, percebe-se que a fundamentação, para tanto, excede aos argumentos jurídicos e lança mão a outras áreas do conhecimento com a finalidade de firmar arrimos a estrutura final que visa garantir o superior interesse da criança.

Assim, considera-se que a interdisciplinaridade foi o caminho escolhido. Para tanto, o método interpretativo foi o tópico-problemático uma vez que o Ministro Ricardo Lewandowski analisa as diversas situações e problemas para ao final chegar a caminhos de efetivação do superior interesse da criança<sup>499</sup>, bem como o mecanismo de interpretação que foi o lógico-sistêmico<sup>500</sup>. Destaca-se também que a concretização do interesse da criança não se pautou em técnica de ponderação, mas sim de maximização dos direitos da mãe em razão da interrelação verificada entre os direitos da criança e da mãe<sup>501</sup>.

---

<sup>498</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 19º ed. revista São Paulo. Saraiva 1991, p. 275.

<sup>499</sup> BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º ed. Rev. e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012, p. 171

<sup>500</sup> Op. cit. p. 274.

<sup>501</sup> Ibidem. p. 173.

Com efeito, do exposto, destaca-se que o Ministro Ricardo Lewandowski procedeu à reflexão quanto a aplicação da prisão domiciliar a partir da contextualização de desigualdades sociais familiares que se perpetuam por meio da prole. A partir deste cenário o Ministro Ricardo Lewandowski explora situações em que em razão da interligação mãe e criança as violações de direitos perpetradas contra a mãe alcançam as crianças. O exposto é corroborado em pesquisa apontada pelo Ministro em seu voto, a qual tem como resultado que as vulnerabilidades que se afluam no espaço penitenciário encontram nascedouros intergeracionais que atravessaram as mulheres presas. O Ministro Lewandowski ainda afirma que várias formas de violências alcançam as crianças em razão da ausência da figura materna, dentre elas destaca as apresentadas no voto, como: déficit social, reflexos psicológicos e danos no desenvolvimento pessoal<sup>502</sup>.

Deste modo, o Ministro Lewandowski no decorrer da construção de seu voto, considera que a proteção ao direito da criança está atrelada a necessidade de convivência com a figura materna. Salienta-se que este não considerou a convivência familiar uma regra rígida ou inflexível, mas sim que deve ser a regra geral, contudo, afastada em casos específicos, pois conforme o Ministro Ricardo Lewandowski destaca “são evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças”<sup>503</sup>.

Este argumento tem base no superior interesse da criança e lança mão a estudos de outras áreas da ciência para conferir fundamentação interdisciplinar. Neste ínterim, se socorrendo ao campo da psicologia, para fundamentar estas questões, destaca-se diversos

---

<sup>502</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 51-52.

<sup>503</sup> Op. cit. p. 48.

<sup>504</sup> Trabalha a partir de uma perspectiva histórica em seu artigo “Instintos e suas vicissitudes” escrito em 1915 e observa que a vinculação com a figura materna é vista como impulso secundário, ou seja, que o bebê se liga à mãe afetivamente como consequência de esta ser o agente de suas satisfações fisiológicas básicas.

<sup>505</sup> Foi psicanalista, formou-se em Medicina tendo-se especializado em psicologia infantil. Desenvolveu estudos experimentais sobre as trocas emocionais entre a criança e a mãe e, considera que o sorriso, que ocorre entre as seis e as doze semanas, é a primeira manifestação intencional desenvolvida na comunicação mãe/bebê. Estudou o efeito que a ausência de uma relação materna pode provocar nas crianças em espaços de órfãos ou no caso de situação de crianças abandonadas, tendo designado por “hospitalismo” a depressão resultante desta situação de abandono.

<sup>506</sup> Psicanalista e teórico de grande influência sobre o estudo do desenvolvimento. Este aborda a importância dos anos iniciais para o desenvolvimento, porém, não deu ênfase à centralização dos instintos e impulsos, focalizando, em seu lugar, o surgimento gradativo de um senso de identidade que ocorre pela interação do sujeito com seu meio ambiente (1980).

autores que trabalham o tema como Freud<sup>504</sup>, René Spitz<sup>505</sup>, Erik Erikson<sup>506</sup>, Winnicott<sup>507</sup> e Bowlby<sup>508</sup>. Apesar de todos os autores citados trabalharem a importância da figura materna para o desenvolvimento da criança, apenas, René Spitz e Bowlby trabalham de forma mais específica questão de afeto, uma vez que este é o foco principal do estudo. Por tais razões, na presente dissertação as considerações quanto a importância da figura da mãe para o desenvolvimento da criança há de ser tecida a partir dos estudos de René e Bowlby.

René Spitz trabalhou em um orfanato observando os bebês que eram alimentados e vestidos, mas não recebiam afeto, nem eram segurados no colo ou embalados. Segundo o autor estes apresentavam a síndrome por ele denominada “hospitalismo”, pois estes bebês tinham dificuldades no seu desenvolvimento físico, faltava-lhes apetite, não ganhavam peso e, com o tempo, perdiam o interesse por se relacionar, o que levava a maioria a óbito. René Spitz descreveu, portanto, o afeto como fator determinante no desenvolvimento<sup>509</sup>.

Bowlby, psicanalista inglês e teórico das relações objetivas, descreveu a importância das primeiras relações para o desenvolvimento, formulando, desse modo, a Teoria do Apego. O autor alude que o ser humano herda um potencial para desenvolver determinados tipos de sistemas comportamentais, como sugar, sorrir, chorar, seguir com os olhos. A conduta instintiva é o resultado do controle desses sistemas comportamentais integrados, que funcionam num determinado ambiente de adaptabilidade evolutiva, em especial, de sua interação com a principal figura deste ambiente, a mãe<sup>510</sup>.

Nesta perspectiva, o vínculo da criança com a mãe, chamado pelo autor de apego, tem uma função biológica. Para Bowlby, a formação do apego não é uma consequência da satisfação das necessidades fisiológicas básicas como postula Freud.

Esta descrição de Bowlby coincide com as formulações de Spitz acerca da síndrome de “hospitalismo”, ou seja, é necessária a existência de uma relação de afeto e de apego como fator primário para um adequado desenvolvimento. Assim, para John Bowlby, o vínculo mãe-bebê é tão importante para o desenvolvimento humano, quanto qualquer outra necessidade

---

<sup>507</sup> Pediatra e psicanalista e se dedicou à construção da teoria do amadurecimento pessoal, o qual perpassa a dependência absoluta rumo à independência relativa. Sua teoria, além de constituir contribuições à saúde desde o início da vida, também configura o horizonte teórico necessário para a compreensão da natureza e etiologia dos distúrbios psíquicos que as pessoas enfrentam no decorrer da sua vida.

<sup>508</sup> John Bowlby foi um psiquiatra e psicanalista que construiu a teoria do apego a qual demonstra que a saúde mental e os problemas de comportamento podem ser atribuídos à primeira infância.

<sup>509</sup> SPITZ, R. **Hospitalism: an inquiry into the genesis of psychiatric conditions in early childhood** 1945. (1):53-75. *Psychoanal Study Child*. Imago, Londres. p. 53 – 54.

<sup>510</sup> BOWLBY, John. **Apego e perda**. Martins Fontes, São Paulo, 3º edição. 2002, p. 155.

puramente fisiológica. O autor observa que a relação entre cuidador e bebê será a base para as relações futuras<sup>511</sup>.

Nesse sentido, o relator Ricardo Lewandowski argumenta que:

É preciso destacar que, nos casos de separação entre a criança e a mãe, há impactos na saúde decorrentes desse rompimento, os quais se agravam em casos de institucionalização [...] Um dos **principais fatores responsáveis por esse dano é o estresse tóxico**<sup>512</sup>.

Segundo pesquisas, um dos principais fatores para o desenvolvimento do estresse tóxico infantil tem como fruto situações que envolvem sofrimento grave, frequente, ou prolongado, no qual a criança não tem o apoio adequado da mãe, pai ou cuidadores. No caso de crianças com mães encarceradas, o estresse tóxico decorre do ambiente prisional, que não é capaz de acolher da situação precária que a mulher encarcerada vivência e da separação entre mãe e criança pela institucionalização.

Esta pesquisa indica que o estresse tóxico pode impactar negativamente no desenvolvimento da estrutura cerebral e aumentar o risco de doenças físicas e mentais relacionadas ao estresse, causando efeitos danosos na capacidade de aprendizado, no comportamento, e na saúde durante toda a vida.<sup>513</sup> Tal prejuízo ao desenvolvimento infantil é especialmente gravoso na primeira infância, dado que os picos de desenvolvimento das vias sensoriais, da visão, da audição, da linguagem e das funções cognitivas concentram-se especialmente nos primeiros meses e mantêm-se elevadas até o sexto ano de vida<sup>514</sup>.

Voltando a atenção aos contornos e violações ao direito da criança decorrente de sua manutenção no cárcere junto com a mãe nos primeiros anos de vida, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski “no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram”<sup>515</sup>.

<sup>511</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>512</sup> BRASIL. STF, **HC 143-641/SP**, 2018, p. 5.

<sup>513</sup> Estudo conduzido por Charles Nelson, professor da Universidade de Harvard especializado em desenvolvimento infantil, ao observar o desenvolvimento de crianças postas em programas de acolhimento na Romênia, constatou que os adolescentes que passaram os primeiros anos da vida institucionalizados, ainda que com comida e local de abrigo provisionados, apresentavam com maior frequência problemas cognitivos e comportamentais, além de terem menos massa cerebral branca e as regiões do cérebro responsáveis pela atenção, cognição em geral e processamento emocional afetadas, se comparadas com as crianças que passaram a infância em ambientes familiares. *Childhood neglect erodes the brain*. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/news/2015/01/childhood-neglect-erodes-brain>. Acesso em 18/11/2019.

<sup>514</sup> Op. cit..

<sup>515</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 48.

O exposto pelo Ministro Ricardo Lewandowski encontra reforço em pesquisa realizada pela Fundação Maria Cecília Souto Vidigal ao demonstrar que desde a gestação até os três primeiros anos de vida o indivíduo passa por período decisivo para o seu desenvolvimento, sobretudo, no que se refere as funções cerebrais e na capacidade de processar o pensamento e emoções. Este período é nomeado pela pesquisa de ‘primeira infância’<sup>516</sup>. Importante observar que a nomeada primeira infância, abrange o período do pré-natal, no qual “o embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, mas também aos estímulos do ambiente externo que a afetam”. Portanto, o ambiente também é importante para o desenvolvimento da pessoa<sup>517</sup>. Neste sentido, James Heckman, roborava que os menores que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes, pois o desenvolvimento das principais habilidades cognitivas e socioemocionais dependem do ambiente que essas pessoas se encontravam na sua primeira infância<sup>518</sup>.

Este contexto foi observado pelo relator Ricardo Lewandowski que adotou posição voltada a buscar formas para que a criança não esteja no cárcere ou em espaço denominado ‘creche’ que funciona como extensão do presídio ou espaços de acolhimento, pois entende que estes espaços interferirão no desenvolvimento do bebê, assim como destaca que essas são formas de violências intergeracionais que transcendem a gestante e alcançam a criança de forma direta. Neste sentido, pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm corroborando o que se consignou acima.

Assim, destaca-se trecho da pesquisa intitulada dar à luz nas sombras:

A criança não devia se sentir presa, deveria ter uma vida de criança total, criança. A criança acostuma com essa vida... peraí que vou lá roubar pra voltar pro meu lugar (cadeia). ‘Não é certo filho na cadeia’.

As frases acima foram ditas por diferentes mulheres no grupo focal. Segundo uma das participantes, ‘não é certo um filho na cadeia por causa da mãe’, enfatizando que as unidades prisionais em geral não são lugares apropriados para uma possível convivência entre mãe e filho e, portanto, para o exercício do poder familiar. Todas

---

<sup>516</sup> FUNDAÇÃO MARIA CECÍLIA SOUTO VIDIGAL, 2014, p. 2.

<sup>517</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>518</sup> HECKMAN, James. **Giving Kids a Fair Chance**. Cambridge: The MIT Press, 2013, p. 137.p. 78.

foram enfáticas em afirmar que ‘criança dentro de cadeia não dá certo’ e, por isso, são contrárias à construção de creches no interior das unidades prisionais<sup>519</sup>.

Para além dos apontamentos da detentas entrevistadas, outras pesquisas apontam quão nefasto é manter a criança no sistema prisional com a mãe. Dentre as diversas pesquisas sobre o assunto, destaca-se a realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador – BA, a qual aponta reflexos negativos ao desenvolvimento infantil principalmente de aspecto cognitivo, motor, afetivo e social, de todas as crianças que estavam em creches extensões de presídios ou espaço presidiário propriamente dito. O resultado da pesquisa aponta que essas crianças tiveram seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social.

No que diz respeito ao encaminhamento da criança à instituição de acolhimento, estudo realizado na área de psiquiatria infantil pelo psicanalista John Bowlby, para a organização Mundial da Saúde, observa que esta situação é prejudicial à criança, uma vez que o cuidado da figura materna não é apenas preferível como essencial para o seu desenvolvimento mental<sup>520</sup>.

Portanto, a institucionalização da criança, para o relator, implicará impactos negativos decorrentes do ambiente bem como diminuirá as possibilidades de estas desenvolverem ‘experiências compartilhadas’ por que nos presídios as crianças vivem em situação de cárcere tendo pouco contato com outras pessoas e com o mundo. Portanto, é limitada as possibilidades de experiências, enquanto, nos abrigos ou instituição de acolhimento, estas sofrerão com a inconsistência de afeto, pois nestes espaços apenas se conseguem atender necessidades físicas imediatas das crianças e anulará as possibilidades de se estabelecer vínculo entre a mãe e a criança<sup>521</sup>.

A partir deste argumento detecta-se que a posição do relator se manteve centrada na figura da criança e que este considera que a institucionalização não é uma opção que garantiria direitos. À vista do exposto, resta como solução jurídica a separação da criança da figura materna por meio da entrega ao pai ou família extensa. Destaca-se que esta solução

---

<sup>519</sup> IPEA. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.** Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015, p. 42.

<sup>520</sup> BOWLBY, John. **Maternal Care and Mental Health.** World Health Organization - WHO. palais des nations geneva. 2º ed. 1952, p. 11. |

<sup>521</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 52.

jurídica foi criada como uma forma alternativa de se manter vínculos, pois a expectativa é que os familiares prezasse em manter esse contato pelas visitas. Contudo, várias problemáticas se instalam de tal forma que se anula essa vivência.

Segundo pesquisa intitulada ‘Dar à luz nas sombras’, diversas violências inviabilizam a visita das crianças às mães como a distância, precariedade de recursos financeiros para arcar com a locomoção, entre outras questões como as de ordem moral em que os familiares repudiam a situação, sentem vergonha e por isso não as visitam. Outra situação, presente nessa realidade, que inviabiliza a visita é a necessidade de preservação dos familiares e das próprias crianças que por vezes são submetidas a revistas vexatórias e expostas a situações de violência<sup>522</sup>.

Tais situações operam como verdadeiros obstáculos à manutenção de vínculos afetivo-familiares com as mães. Destaca-se que como medida de segurança, a revista vexatória é inadequada, desnecessária e desproporcional. Inadequada, na medida em que não é apta a obstruir a entrada de objetos proibidos. Desnecessária, porque há outros meios mais capazes, que não implicam o aviltamento da dignidade de visitantes. Desproporcional, pois, ao violar a intimidade de milhares de pessoas e dificultar a permanência de vínculos afetivos e familiares, alcança índices de apreensão ínfimos: a cada 10.000 mil corpos violados, três pessoas são flagradas portando objetos proibidos<sup>523</sup>.

Observa-se que o relator, levando em consideração essas situações, entende que a criança estar aos cuidados da família não é uma solução porque em alguma medida, a entrega da criança a família promoverá a separação entre ela e a mãe. Assim, afirma que “a entrega abrupta das crianças à família extensa, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática” não é um caminho trilhável. Ademais, ressalta que tal solução as privará do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas<sup>524</sup>.

---

<sup>522</sup> IPEA. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015, p. 26.

<sup>523</sup> O levantamento de informações de atos de indisciplina de visitantes produzido pela Rede Justiça Criminal em 2014, aponta que, no período estudado, apenas 0,03% dos visitantes trazia consigo objetos como drogas e celulares. Os dados indicam, inclusive, que é outra a forma de entrada destes objetos no cárcere: o número de apreensões dentro dos presídios é quase quatro vezes maior que o número de apreensões realizadas com visitantes. Disponível em: <http://redejusticacriminal.org/publication/revista-vexatoria/>.

<sup>524</sup>BRASIL STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641-SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 51 – 52.

O voto se encerra direcionando a compreensão de que as privações narradas, sejam elas afastando a criança do cuidado materno ou pela sua institucionalização, trazem nefastas consequências pessoais e prejudica a sociedade como um todo<sup>525</sup>.

Nesse sentido o Ministro decide:

Concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício<sup>526</sup>.

Por fim, se atentando a todo bojo de argumentos tecido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, verifica-se que este usou a técnica interpretativa de otimização dos princípios superior interesse da criança, maternidade digna, proporcionalidade e intranscendência da pena. Considera-se que este procurou tornar primoroso, ampliando reduzindo e compatibilizando os interesses em disputa<sup>527</sup>. O que se detecta no voto é dois direitos envolvidos, os quais não se confundem e não se conflitam, mas a partir da construção do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, este sublinha a interligação entre os direitos de maternidade digna e melhor interesse da criança. O relator destaca que a violação da maternidade digna da mulher no cárcere fragiliza o melhor interesse da criança, pois quanto menos direitos humanos a mãe usufrui a mais violações a criança estará exposta.

Considera-se que o Ministro Lewandowski ao tecer todo o quadro de violações de direitos destaca que manter mulheres grávidas em cárcere viola a maternidade digna e direitos da pessoa em formação, porque desde embrião este está sujeito a estímulos que são transmitidos pela mãe e interferirão na sua formação, desenvolvimento bem como na saúde psicológica e emocional.

A partir das discussões produzidas e da apresentação dos votos, o resultado que se seguiu no que diz respeito ao mérito do julgamento foi de que, por maioria, os Ministros concederam a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar às

---

<sup>525</sup> Idem.

<sup>526</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>527</sup> BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º ed. Rev e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012, p. 173.

mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda tendo como norte o princípio que preponderou na construção dos votos o superior interesse da criança<sup>528</sup>.

Destaca-se que os ministros Gilmar Mendes, Edson e Dias Toffoli seguiram o Ministro relator Ricardo Lewandowski, contudo, o Ministro Edson Fachin no que tange ao estado de coisas inconstitucional trouxe elemento diferente ao fixado pelo Ministro Relator, pois para o Ministro Edson Fachin o estado de coisas inconstitucional não pode ser sustentáculo para conceder a prisão domiciliar a todas as mulheres mães ou grávidas. Assim, condiciona à concessão da ordem a demonstração do estado de violação no caso concreto. Enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski reconhece o estado de coisas inconstitucional de forma genérica, de modo que não se faz necessário sua comprovação no caso concreto.

Por fim, considera-se que o acórdão proferido no *writ* em estudo procedeu vários apontamentos demonstrando um cuidado dos Ministros em construir uma decisão capaz de orientar o judiciário na aplicação deste direito e que apesar de compor a discussão dos votos a violação de direitos da mãe e da criança, na 2º turma do STF prevaleceu a necessidade de concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

---

<sup>528</sup> BRASIL. STF. **Habeas Corpus Coletivo 143-641**

-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 20.02.2018, p. 7.

## CONCLUSÃO

Na contemporaneidade em razão da progressiva complexificação das relações sociais, é comum que um mesmo ato ou evento danoso repercuta na esfera jurídica de um grande número de pessoas, originando múltiplas violações de direito similares. Esses resultados provêm da pós-modernidade, período demarcado pela redução de espaços físicos e fronteiras geográficas, ampliação das demandas sociais e complexização de danos que se alastram e tomam repercussão em breve período alcançando um vasto espaço geográfico e grande número de pessoas. Todo este cenário exige que a flexibilização e a velocidade, sejam as características às respostas das demandas contemporâneas.

Essas implicações da pós-modernidade têm alcançado todas as áreas do conhecimento inclusive o Direito. É exemplo do exposto a vinculação dos precedentes judiciais e a necessidade de velocidade nas respostas, nesse sentido surge a Emenda Constitucional nº 45 que exige celeridade dos pronunciamentos judiciais. Agregado a ideia tecida acima é possível apontar novas molduras as demandas judiciais, pois em razão dos danos transcenderam o âmbito individual e alcançarem número elevado de pessoas surgem as ações coletivas.

Inter-relacionando o exposto ao quadro de encarceramento de mulheres, a presente dissertação considera que o *habeas corpus* coletivo se põe como instrumento jurídico viável à tutelar lesões e ameaças a direitos de uma coletividade específica atuando como mecanismo que intensifica a efetivação de acesso à justiça, na produção de respostas judiciais mais céleres e equânimes.

Este remédio ganha especial importância na presente sociedade contemporânea, que é burocratizada e massificada sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados. Nesta toada o *habeas corpus* 143.641-SP/STF expande o acesso à justiça, evita a proliferação de ações no judiciário, direciona os julgamentos trazendo segurança jurídica e inaugura uma nova modalidade de remédio Constitucional no âmbito jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Em atenção ao objetivo que conduz a construção da presente dissertação, qual seja detectar a construção dos argumentos usados nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF no *habeas corpus* Coletivo 143-641-SP para então compreender a quem se concede direitos, à mulher ou à criança, observa-se que todos os Ministros concederam a ordem, contudo, a partir de pressupostos e argumentação diversa.

Diante da análise dos votos, percebe-se que o **Ministro Relator Ricardo Lewandowski** construiu seus argumentos a partir do reconhecimento de dois sujeitos de direitos, a mulher e a criança não estabelecendo hierarquia entre eles. Saliencia-se que o relator tem como base de sua argumentação a ausência de estrutura no espaço cárcere o que viola direitos à maternidade digna e consequentemente direitos da criança.

Percebe-se que este se posiciona a partir do reconhecimento do direito da criança de não estar no espaço prisão, contudo, reconhece a necessidade da criança de estar com a mãe, mas conter a criança com a mãe faz com que a pena transcende a figura da materna e alcance a criança.

Verificou-se no voto a discussão da possibilidade de encaminhamento da criança à família extensa. A este respeito o Ministro Relator Ricardo Lewandowski observou que a criança ser encaminhada à família extensa, ao pai, ou a uma instituição de acolhimento em certa medida, promoverá o afastamento da criança da figura materna e quebra de vínculos.

A luz do cenário tecido se instala um conflito, pois a mãe é infratora e foi tolhida da liberdade em razão de interesse processual. Entretanto, conforme os estudos percorridos no decorrer do trabalho a figura da mãe é importante para o desenvolvimento psíquico e emocional da criança.

Oportunamente destaca-se que o relator argumentou que não basta afastar a criança do espaço carcerário para que tenha proteção de direitos, pois é necessária a figura materna, do contrário, se conferiria uma tutela insuficiente de direitos.

De outro modo, tanto o Ministro Edson Fachin quanto o Ministro Dias Toffoli, ao cabo da construção de seus argumentos, reconhecem que a concessão da ordem da prisão domiciliar deve ser conferida tendo como pressuposto que o sujeito de direito é a criança envolvida. Assim, para o **Ministro Dias Toffoli** a concessão da prisão domiciliar deve ser

conferida a partir da análise do caso concreto, pois somente caso a caso é possível aferir o melhor interesse da criança e do adolescente.

O **Ministro Edson Fachin** inicia o desenvolvimento de seu voto concordando com a posição adotada pelo Ministro Dias Toffoli, principalmente no que diz respeito à necessidade de análise do caso concreto à concessão do direito. Contudo, é curioso observar que este traz ponderações que se diferenciam do que foi posto pelo Ministro Dias Toffoli, porque enquanto este último fundamenta a necessidade de análise do caso concreto em razão da concessão do direito à prisão domiciliar estar embasada no melhor interesse da criança, o Ministro Fachin fundamenta seu voto na necessidade de análise do caso concreto porque o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não é um aval para a concessão de prisão domiciliar a todas as mulheres mães gestante.

Considera-se, a partir da leitura do voto, que o Ministro Edson Fachin não desconsidera as violações de direitos que fluem no cárcere, pois se trata de situação já reconhecida na ADPF 347 pelo STF. Mas, este exige que o estado de violação seja demonstrado pela parte que pleiteia a concessão da prisão domiciliar, o que juridicamente e processualmente é possível uma vez que a realidade carcerária no Brasil apresenta cenários plurais.

Contudo, quando se olha os dados apresentados na própria ação em análise, detecta-se que a maioria destas mulheres, que hão de requerer a prisão domiciliar e para tanto, deverão provar o estado de violação, são mulheres negras, pobres e periféricas. A maioria tem acesso a poucos direitos fundamentais ou direitos mínimos muito antes de ingressarem no cárcere.

Com o encarceramento o acesso a direitos é reduzido em razão da precária estrutura dos ambientes prisionais. Os dados também apontam que elas majoritariamente exerciam atividades informais e, portanto tem baixa renda, bem como precário acesso a outros direitos como direito à saúde, educação e acesso à justiça que é um dos principais direitos para a concretização de outros direitos, pois é o instrumento que auxilia as pessoas a se desvencilhar de violações de direitos a elas impostos.

A vista do exposto considera-se que essa reflexão se mostra necessária, pois serão essas mulheres perpassadas por diversas vulnerabilidades, que as afastam de direitos básicos e de acessarem a justiça, que hão de tutelar a prisão domiciliar e terão o ônus de provar o estado de coisa inconstitucional do local em que está contida.

É preciso considerar que ainda na contemporaneidade a pavimentação do acesso à justiça é realizada e sentido de forma desigual na sociedade. Portanto, lançar o ônus da prova de que o cárcere não atende direitos mínimos, às mulheres, equivale a criar um obstáculo, diferente dos que já foram plantados no decorrer de suas vidas, para a concretização do acesso a direitos e à dignidade.

Nesta toada, talvez seja necessário aplicar outras formas de verificação do estado de violação decorrente do espaço prisional em que essas mulheres se encontram, do contrário, sucumbi o principal objetivo da impetração do *habeas corpus* na sua modalidade coletiva que é expandir o acesso e retirar os entraves jurídicos.

Quanto ao **Ministro Gilmar Mendes**, destaca-se que esse seguiu o voto dos demais Ministros, não trouxe novos argumentos, contudo, destacou que a problemática do cenário invocado na petição inicial se instala em razão da atuação do judiciário que afasta direitos com base em argumentações genéricas e abstratas de maneira sistemática.

Esgotados os principais argumentos que compuseram a decisão do Supremo Tribunal Federal, verificam-se diferentes caminhos de argumentação apresentados pelos Senhores Ministros os quais se pautaram preponderantemente no melhor interesse da criança.

Nesse decorrer, diante da análise do conjunto dos votos, pode-se concluir que houve dois valores jurídicos ponderados nos votos, quais sejam, dignidade da pessoa humana concretizado na faceta da maternidade digna e melhor interesse da criança. Apesar do exposto, a maternidade digna preponderantemente foi pautada nos votos como decorrente dos direitos da criança. A figura mãe não é apontada na decisão cautelar como sujeito de direito autônomo, mais sim sujeito de direito em razão da criança.

A este respeito, considera-se que conceder a ordem em razão do reconhecimento de direito à primeira infância ou à maternidade digna traz implicações diversas, porque quando se concede direitos à mulher em razão da criança além de ser um fechar de olhos para a realidade de que mulheres mães ou gestantes estão sendo submetidas a violação de direitos em razão da arquitetura física do espaço é possível se deparar com situação em que se invertem o ônus da situação, pois a deficiência do Estado, quanto a omissão de seu dever, passa a ser suportada pela parte.

Não reconhecer à mulher o direito à maternidade digna, gera implicações que fragilizam o direito das crianças e abre espaço para arbitrariedades, pois, para afastar direitos, basta o não reconhecimento da guarda; ou que não se demonstrou de forma suficiente a imprescindibilidade da presença materna; que os cuidados maternos podem ser supridos por outra família ou pelo cuidado da família extensa; ou que não ficou demonstrado de forma efetiva que a cadeia em que a reclusa se encontra não atende os padrões exigidos na legislação. Tal situação fragiliza o direito à maternidade digna e conseqüentemente fere o direito da criança, pois afeta seu desenvolvimento saudável.

Isto posto é possível considerar que decidir na ceara do direito da criança, exige que o julgador se afaste de soluções simplistas ou rápidas, porque o melhor interesse desta, não envolve respostas instantâneas, pois a concretização deste direito envolve para além de questões materiais e fisiológicas questões de afeto que trazem implicações de aspecto psicológico e emocional. Por tais razões, a ciência do direito, sozinha, é incapaz de responder de forma completa, porque os problemas e as conseqüências não são puramente jurídicos. Assim, à concretização do melhor interesse da criança é preciso soluções construídas a partir da interdisciplinaridade de conhecimentos. |

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2009.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista CS**, 21, 2017, p. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi. Disponível em: < <http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n21/2011-0324-recs-21-00097.pdf>>. Acesso em: 14/01/2020.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais publicado pela American Psychiatric**, 2020. Disponível em:< [https://scholar.google.com.br/scholar?q=AMERICAN+PSYCHIATRIC+ASSOCIATION.+Manual+Diagn%C3%B3stico+e+Estat%C3%ADstico+de+Transtornos+Mentais+publicado+pe-la+American+Psychiatric&hl=pt-BR&as\\_sdt=0&as\\_vis=1&oi=scholar](https://scholar.google.com.br/scholar?q=AMERICAN+PSYCHIATRIC+ASSOCIATION.+Manual+Diagn%C3%B3stico+e+Estat%C3%ADstico+de+Transtornos+Mentais+publicado+pe-la+American+Psychiatric&hl=pt-BR&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar)>. Acesso 19/11/2019.

AZEVEDO, Antônio, J. A. Caracterização Jurídica da Dignidade da pessoa Humana. **REVISTA USP**, São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002. Disponível em <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Caracteriza%C3%A7%C3%A3o-Jur%C3%ADdica-da-Dignidade-da-Pessoa-Humana.pdf>>. Acesso em: 20/02/2020.

BADARÓ, Gustavo, H. **Direito Processual Penal** - Tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARCELLOS. Ana, P de. Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 221: 159-188, jul./set. 2000. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588/45167>>. Acesso em: 20/02/2020.

BASTOS, Celso, R. **Curso de Direito Constitucional**. Atualizado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Ed 20ª. Editora Saraiva: São Paulo. 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª Ed. 2007.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare, B. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru SP: Edipro 2º ed, 2º triagem, 2011.

BECKER, Howard, S. **Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance**. New York, Free Press, 1963.

BENTO, Ricardo, A. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartir Latin, 2007.

BIDERMAN, Maria, T. C. **Dicionário Didático de português**. 2º Ed. Editora ática: São Paulo, 1998.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4º ed - São Paulo. Melhereires editores, 1993.

BOWLBY, John. **Maternal Care and Metal Health**. World Health Organization - WHO. palais des nations geneva. 2º ed. 1952, p. 63. Disponível no site: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/40724>>. Acessado em 22/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Apego e perda**. Martins Fontes, São Paulo, 3º edição. 2002.

BRAGA, Ana, G. M.; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. Sur 22 - **Revista Internacional de Direitos Humanos**. V. 12 nº 22, 2015, p. 229 – 239. Disponível em: < [https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16\\_SUR-22\\_PORTUGUES\\_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA\\_BRUNA-ANGOTTI.pdf](https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf) >. Acesso em 14/01/2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional Do Ministério Da Justiça E Segurança Pública (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN 2015**. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 10/01/2020.

\_\_\_\_\_. PIMENTA, Izabella Lacerda. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Ministério da Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional Governo Federal, 2018, p. 94. Disponível em:<<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf>>. Acesso em 10/01/2020.

\_\_\_\_\_. **INFOPEN Atualização** - Junho de 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>>. Acesso em: 26/11/ 2019.

\_\_\_\_\_. ONU – Organização das Nações Unidas. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015 p. 41. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf)>. Acesso em: 11/12/2019.

\_\_\_\_\_. OMS. Ministério da Saúde. **Saúde da criança: nutrição infantil, aleitamento materno e alimentação complementar**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 13-18. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/saude\\_crianca\\_nutricao\\_aleitamento\\_alimentacao.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf)>. Acesso em 10/01/2020.

\_\_\_\_\_. IPEA/PNAD. **Retratos da desigualdade: gênero e raça**. Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2007. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/primeiraedicao.pdf>>. Acesso em: 14/01/2020.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD**. 2007, p. 72. Disponível: <[http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2008/080918\\_pal\\_presibge\\_pnad\\_2007.pdf/view](http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/2008/080918_pal_presibge_pnad_2007.pdf/view)>. Acesso em: 14/01/2020.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados - Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos \_\_\_\_\_, Congresso Nacional. **Deputados, Edições Câmara**. Série ação parlamentar n. 384, 2009, p. 620. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>>. Acesso em 10/12/2019.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **NOTÍCIAS**. Preso brasileiro custa de R\$ 1,3 mil a R\$ 1,6 mil por mês. 24/06/2008. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/119883-presos-brasileiros-custam-de-r-13-mil-a-r-16-mil-por-mes/>>. Acesso em: 20/12/2019.

BRAUNSTEIN, Hélio, R. **Mulher encarcerada: Trajetória entre a indignação e o sofrimento por atos de humilhação e violência**. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em educação da Faculdade de educação da Universidade de São Paulo – USP. 2007, p. 174. Disponível em:<<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-19042007-163930/publico/DissertacaoHelioRobertoBraunstein.pdf>>. Acesso em: 03/01/2020.

BRUNÖL, Miguel, C. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Org.). Tradução de Eliete Ávila Wofft. **Infância, lei e democracia na América Latina**. Análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998). Blumenau: Edifurb, vol. 1, 2001. p. 91-111.

BULOS, Uadi, L. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4º ed. Rev e atual - São Paulo. Ed .Saraiva, 2012.

CADHU; INSTITUTO ALANA. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019.

CANOTILHO, José. J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almeida, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011.

CARVALHO, Nathália Gomes Oliveira de. **Vozes Silenciadas: percepções sobre o acesso à justiça em cartas das presas**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 139.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CHEQUER, Lílian, N. M. **Habeas corpus coletivo**: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada dos direitos individuais e coletivos. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. 2014, p. 121. Disponível em: <<http://www.uit.br/mestrado/dissertacoes/dissertacoes2014/23-habeas-corpus-coletivo-o-direito-de-liberdade-de-locomocao-a-luz-da-nova-summa-divisio-constitucionalizada-direitos-individuais-e-coletivos.html/>>. Acesso em: 04/01/2020.

CRENSHAW, Kimberlé, W. **Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics**. University of Chicago Legal Forum, 1989, p. 167. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucf>>. Acesso em 25/12/2019.

\_\_\_\_\_. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, 2002, p. 188. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>>. Acesso em 25/12/2019.

COELHO, Marcellino, da G. **Do Habeas-Corpus**. Rio de Janeiro: editora typographia Guimarães, 1900.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura**. Rio de Janeiro, DIFEL, 2009.

\_\_\_\_\_. **Mulheres, raça e classe** [recurso eletrônico]; tradução Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.

DELMANTO JR, Roberto. As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro, **Renovar**, 2003.

DINIZ, C.S. **Maternidade voluntária, prazerosa e socialmente amparada: breve história de uma luta**. 2000. Disponível em: <[http://www.mulheres.org.br/documentos/maternidade\\_voluntaria.pdf](http://www.mulheres.org.br/documentos/maternidade_voluntaria.pdf)>. Acesso em 22/10/2019.

DINIZ, Debora. **Cadeia: Relato sobre Mulheres**. Ed Civilização Brasileira; 1º Ed. 2017.

DIUANA, Vilma et al. Direitos reprodutivos das mulheres no sistema penitenciário: tensões e desafios na transformação da realidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2041-2050, July 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232016000702041&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702041&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 23/12/2019.

ESPINOZA, Olga, M. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. Ed. Trotta. Título original: Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale . 2011.

FERNANDES. Antônio, S. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES. Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes** Vol. 1. 5 ed : São Paulo. Editora Globo, 2008.

FILHO GRECO, Vicente. **Manual De Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FLORES, Nelia M. P.; SMEHA, Luciane, N. Mães presas, filhos desamparados: maternidade e relações interpessoais na prisão. **Revista Physis**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 4, 2018, p. 1-20. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010373312018000400618&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312018000400618&lng=pt&nrm=iso). Acessos em: 21/12/2019.

FERREIRA FILHO. Manoel, G. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11º ed. rev. e aum - São Paulo. Ed Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio, B. de H. **Novo Aurélio XXI**: o Dicionário da Língua portuguesa. 3º Ed. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999.

FERNANDES. Antônio, S. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11º Edição revista e aumentada. Editora Saraiva. 2009.

FONSECA, Antonio, C. L. da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FUNDAÇÃO MARIA CECILIA SOUTO VIDIGAL, 2014. Disponível em: <https://www.fmcsv.org.br/pt-BR/>. Acesso em 19/11/2019.

GALVÃO, Mayana, C. B.; DAVIM, Marie, B. Ausência de Assistência à Gestante em Situação de Cárcere Penitenciário. 2013. **Revista Cogitare Enfermagem** Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/33554/21053> >. Acesso em: 18/10/ 2019.

GOMES, Luiz, F. Sobre o conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência In: **Temas Atuais de Advocacia Criminal**, São Paulo: Etna, 1996a.

..... **Direito de Apelar em Liberdade**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996b.

GOMES, Luiz, F.; MAZZUOLI, Valerio, de O. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Mariângela, G. de M. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo, RT, 2003.

GONÇALVES, Vanessa, Chiari; DANCKWARDT, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** [online] /Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 8, V.17° (janeiro/abril.2017). – Porto Alegre: DPE, 2017, p. 135 – 150. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Def-Pub-RS\\_n.17.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Def-Pub-RS_n.17.pdf)>. Acesso em: 10/12/2019.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASENBALG, Carlos. A; SILVA, Nelson. V. **Raça e oportunidades educacionais no Brasil**. Fundação Carlos Chagas (SP), cadernos de pesquisa, n. 73, maio 1987, p. 80. Disponível em: <<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/1092/1097>>. Acesso em: 10/01/2020.

HECKMAN, James. **Giving Kids a Fair Chance**. Cambridge: The MIT Press, 2013, p. 137.

HENRIQUES, Cibele, da S. Do trabalho doméstico à educação superior: a luta das mulheres trabalhadoras negras pelo direito à educação superior. **Revista O Social em Questão** - Ano XX - nº 37- Jan abr./2017, p. 153. Disponível em: <[http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ\\_37\\_art\\_8\\_Henriques.pdf](http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_37_art_8_Henriques.pdf)>. Acesso em: 03/01/2020.

IPEA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça** / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. [et al.]. - 4ª ed. - Brasília: Ipea, 2011. 39 p. 40. Disponível em : <<https://www.ipea.gov.br/retrato/>>. Acesso em: 01/12/2019.

\_\_\_\_\_. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) Ipea - Série pensando o direito 51. 2015. p. 89. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 10/12/2019.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JORDAN, Kathleen; SCHLENGER WE, FAIRBANK A, CADDELL JA. **Prevalence of psychiatric disorders among incarcerated women**. *Arch Gen Psychiatry*, 53: 513-9, 1996. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8639033>>. Acesso em: 12/12/2019.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. – Petrópolis, RJ: Vozes ; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013. – (Coleção Pensamento Humano).

LIMA, Elça, M. **Origens da prisão feminina no Rio de Janeiro: o período das freiras.** Rio de Janeiro, EDITORA: OAB/RJ. 1983.

LIMA, Fernanda, da S.; MIRANDA, Carlos, D. A. Encarceramento feminino na América Latina e a política de guerra às drogas: seletividade, discriminação e outros rótulos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE) 2019a, p. 446-474. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/484/pdf>>. Acesso em 11/12/2019.

LIMA, Renata, M. Mulheres Negras: a Relação de Mobilidade Urbano Periférica com a Permanência na Educação Superior. **Revista da Defensoria Pública da União.** Brasília, DFn.12, jan/dez. 2019b, p. 297-325. Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/258/192>>. Acesso em: 14/01/2020.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal.** 11º ed. São Paulo - Saraiva, 2014.

LONDON. House of Commons Committee of Public Accounts. **Offender-monitoring tags.** Fifteenth Report of Session 2017 – 2019: HC 458, House of Commons: London. 2018, p. 50. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmpubacc/458/458.pdf>>. Acesso em 11/12/2019.

LOUBACK, Cristian, L. dos S. **A crise da teoria das fontes: a idoneidade da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva.** In *Cognitio Juris*. Markus Samuel Leite Norat. João Pessoa: Ano VII, Número 21 junho de 2018, 86-110.

\_\_\_\_\_. **A razoável duração da prisão preventiva: uma análise dos critérios verificados da dilação indevida.** Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. 2019, p. 119. Disponível: <<https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2036/2/Cristian%20Lima%20dos%20Santos%20Louback.pdf>>. Acesso em: 12/12/2019.

LUIZ, Luisi. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

MACIEL, Kátia, R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2019.

MAGALHÃES BOLINA, Helena. **Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência** (art. 32º, nº 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra.* Vol. 70. 1994. p. 456. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6457796>>. Acesso em 10/01/2020.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.** Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1991. No original: “L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

MARQUES, Samantha, R. Meyer-Pflug. RODRIGUES, Patrícia, P. **Constitucionalismo Feminista: Expressão das Políticas Públicas Voltadas à Igualdade de Gênero**. Ed. 2ª Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. COUTO, Mônica, B. A Presunção de Inocência, a Constituição e o STF: Comentários ao HC 126.292/SP. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP. v. 15 . n. 6 . p. 399 - 405 . set./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3066>>. Acesso em: 12/01/2020.

\_\_\_\_\_.; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. A igualdade entre homens e mulheres e as Forças Armadas . A&C : **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2014)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003. p, 133 – 146. Disponível em: < <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/87>>. Acesso em: 12/12/2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.4. Ed Bookseller. 1998.

MARSHALL, Eliot. **Childhood neglect erodes the brain**. Science. 2015. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/news/2015/01/childhood-neglect-erodes-brain>. Acesso em 18/01/2020.

MATOS, Ana, C. H. WUSTER, Tania, M. **O patriarcalismo tardio como causa do superencarceramento de mulheres no Brasil**. Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. Org: Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018.

MATTAR, L.D.; DINIZ, C.S.G. Reproductive hierarchies: motherhood and inequalities in women's exercising of human rights. Interface - **Comunic., Saúde, Educ.**, v.16, n.40, p.107-19, jan./mar. 2012. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1414-32832012000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1414-32832012000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=en)>. Acesso em: 10/12/2019.

MARTINEZ, Sara, A. et al. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996.

MÉNDEZ, Emilio, G. **Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral**. Forum Pacis, Colombia, 1997.

MIRABETE, Julio, F. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5º ed. Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora: Lisboa. 2012.

MONTORO, André, F. **Introdução à ciência do Direito**. 26º ed. Rev Atualizada. Editora Afiliada - Revista dos Tribunais São Paulo, 2005.

MORAES, P. A. C; DALGALARRONDO. Mulheres encarceradas em São Paulo: saúde mental e religiosidade. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 55, n. 1, 2006 p. 50-56. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0047-20852006000100007&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0047-20852006000100007&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 15/01/2020.

MONTEIRO, David, de O. **Maternidade na Prisão**: instrumentos de proteção e defesa dos Direitos Humanos. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2013, p. 115. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/09/9db8d415bba5cab53df14652537ab386.pdf>>. Acesso em 10/12/2019.

MUNTINGH L, REDPATH J. **The socio-economic impact of pre-trial detention in Kenya, Mozambique and Zambia**. Dullah Omar Institute at the University of the Western and Open Society Initiative for Southern Africa (OSISA). 2016, p. 152. Disponível em: <[acjr.org.za/resource-centre/socio-economic-impact-web-lowres.pdf](http://acjr.org.za/resource-centre/socio-economic-impact-web-lowres.pdf)>. Acesso em 14/12/2019.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 104. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000127.pdf>>. Acesso em 24/12/2019.

NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. **Excessive Stress Disrupts the Architecture of the Developing Brain**. 2014. p. 2. Disponível em: <[http://developingchild.harvard.edu/wp-content/uploads/2005/05/Stress\\_Disrupts\\_Architectur\\_Developing\\_Brain-1.pdf](http://developingchild.harvard.edu/wp-content/uploads/2005/05/Stress_Disrupts_Architectur_Developing_Brain-1.pdf)>. Acesso em 19/01/2020.

NETO, Felipe, L. **O cumprimento de pena sem decisão transitada em julgado**: efetividade processual versus presunção de inocência. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018, p. 106. Disponível em: <<http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/1748>>. Acesso em: 09/01/2020.

NUCCI, Guilherme, de S. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 12º Ed. Revista Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 12º Ed. revista atual e ampl. - Rio de Janeiro. Forense, 2016.

ORTEGAL, Leonardo. **Relações raciais no Brasil**: colonialidade, dependência e diáspora. Serv. Soc. Soc. São Paulo, n. 133, p. 413-431, dez. 2018. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282018000300413&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282018000300413&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 15/01/2020.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Maternidade Segura e planejada**. **Editorial Revista Scielo**. RBGO - v. 24, nº 8, 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-72032002000800001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032002000800001)>. Acesso em: 08/01/2020.

PEREIRA, Rodrigo, da C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PELLONI, Fernando M. Machado. **Hábeas Corpus: Derecho de los derechos**. Revista de Estudos Criminais, Buenos Aires, p.87-124, dez. 2010.

POEHLMANN, Julie. **Representations of Attachment Relationships in Children of Incarcerated Mothers**. Child Development, v.76, n. 3, 679-696, 2005.

\_\_\_\_\_. et al. Children's contact with their incarcerated parents: Research findings and recommendations. **American Psychologist**, v.65, n. 6, p. 575-598, 2010. Disponível em: < <https://psycnet.apa.org/record/2010-17989-004>>. Acesso em 27/12/2019.

PRADO, Geraldo. **Parecer Jurídico** – consultoria jurídica no Recurso Extraordinário nº 0855810. Relator: Ministro Dias Toffoli. 2015, p. 21. Disponível em: < [https://www.academia.edu/12142523/O\\_Habeas\\_Corpus\\_Coletivo](https://www.academia.edu/12142523/O_Habeas_Corpus_Coletivo) >. Acesso em: 10/12/2019.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam** [recurso eletrônico] / Nana Queiroz. – 1º. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMOS, André, de C. **Curso de Direitos Humanos**. 4º edição - Saraiva 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 19º ed. revista São Paulo. Saraiva 1991.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo, 2006b. p. 273.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas**. in: Drogas: uma nova perspectiva. / Clécio Lemos; Cristiano Avila Marona; Jorge Quintas. São Paulo : IBCCRIM, 2014, p.83-104.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Quinze anos da Lei dos Crimes Hediondos: reflexões sobre a pena de prisão no Brasil. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, n. 0, 2006a, p. 107-133.

SADEK, Maria, T A. Acesso à justiça: Um direito e seus obstáculos. **Revista USP**. São Paulo, n. 101, p. 55-66. 2014. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>>. Acesso em 10/01/2020.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro

Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 25/11/2019.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 25/11/2019.

SALERT, Ingo, W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Cosntituição Federal de 1988**. 4º edição - Porto Alegre: Livraria do advogado. ed. 2006.

SANTOS, Boaventura, de S. Condições republicanas para a democratização e modernização do judiciário: Entrevista. **Constituição & Democracia**, Brasília. 2006. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/223>>. Acesso em: 10/02/2020.

SANTOS, Denise, et al. **Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional**. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde, 2018. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahU-KEwjPgeqFrFtAhWiLLkGHaNAC9UQFjAAegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fproceedings.ciaiq.org%2Findex.php%2Fciaiq2017%2Farticle%2Fdownload%2F1203%2F1164%2F&usq=AOvVaw13UKrRs6pAPXh8oUv4L7hQ>>. Acesso em 10/10/2019.

SANTOS, Fernando, F. dos: **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SÃO PAULO. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, censo demográfico. **Sistema nacional de informação de gênero. Total de pessoas pretas ou pardas entre 18 e 24 anos de idade que frequentam o ensino superior**. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/cartograma/mapa.php?lang=&coduf=35&-codmun=350950&idtema=132&codv=v43&search=sao-paulo|campinas|sintese-das-informacoes-2010>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SÃO PAULO - OAB-SP. **Justiça defere liminar favorável em HC impetrado pelo OAB SP e concede prisão domiciliar a mulher presa com filho**. 2018. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2018/02/justica-defere-liminar-favoravel-em-hc-impetrado-pela-oab-sp-concede-prisao-domiciliar-a-mulher-presa-com-filho-recem-nascido.12205>>. Acesso em 25/11/2019.

SARMENTO, Daniel; BORGES, A.; GOMES, C. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem Constitucional brasileira**. 2015, p. 28. Disponível em: <[http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos\\_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf](http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf)>. Acesso em: 10/03/2018.

\_\_\_\_\_. **A ponderação de interesses na Constituição brasileira**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José, A. da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. .. A dignidade da pessoa Humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr/jun. 1998. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em 09/12/2019.

SILVA, Amanda, da. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 224. ISBN 978-85-7983-703-6. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 10/10/2019.

SILVA, Raquel, A. R. da. A seletividade do sistema penal. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. 2014. Disponível em: < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2014/trabalhos\\_12014/RaquelAlvesRosadaSilva.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/RaquelAlvesRosadaSilva.pdf)>. Acessado em 24/11/2019.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais e Estado Democrático**. 1º ed - São Paulo. Estudio editores.com. Coleção para entender o Direito, 2014.

STUCCHI, Patrícia. O enfoque Constitucional da decisão de pronúncia in **Processo Penal e Garantias Constitucionais**, Marco Antônio Marques da Silva (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2006.

STELLA, Claudia. Aprisionamento materno e escolarização dos filhos. **Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (ABRAPEE)** \* Volume 13, Nº 1, Janeiro/Junho de 2009a. p, 21-28. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-85572009000100003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-85572009000100003&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 08/12/2019.

\_\_\_\_\_. **Filhos (as) de mulheres presas: soluções e impasses para seu desenvolvimento**. 2000, p. 246. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: < <http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>>. Acesso em 10/01/2020.

\_\_\_\_\_. **Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos**. Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, set. 2009b. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-42812009000200003&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812009000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 15/01/2020.

SPITZ, R. Hospitalism: an inquiry into the genesis of psychiatric conditions in early childhood 1945. (1):53-75. **Psychoanal Study Child**. Imago, Londres. Disponível em: < <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00797308.1945.11823126>>. Acesso: 10/01/2020.

SOARES, Barbara, M; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Distrito Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado 05/05/21011, p. 615. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 24/11/2019.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado 12/04/2012, p. 206. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 24/11/2019.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187. Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado 15/06/2011, p. 158. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>>. Acesso em 24/11/2019.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Distrito Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado 29/05/2008, p. 401. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em 24/11/2019.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330. Distrito Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado 03/05/2012, p. 55. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>. Acesso em 24/11/2019.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado 09/09/2015, p. 600. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 24/11/2019.

\_\_\_\_\_. Habeas corpus 143.641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado 20/02/2018, p. 90. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 24/11/2019.

\_\_\_\_\_. Imprensa e notícias. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370018>>. Acesso em: 01/12/2019

TEPLIN L A, ABRAM K M, McClelland G M: **Prevalence of psychiatric disorders among incarcerated women: I. pretrial jail detainees.** Arch Gen Psychiatry 53:505–12, 1996. Disponível em: <<https://doi.org/10.1001/archpsyc.1996.01830060047007>>. Acesso em 13/01/2020.

TORQUATO, Aneliza, de L. **Percepção de mães sobre vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo -SP.** Dissertação de Mestrado na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/110919>>. Acesso em: 24/11/2019.

TUCCI, Rogerio, L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando, da C. **Processo Penal**. 31 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TYE, Christine S; MULLEN, Paul E. **Mental disorders in female prisoners**. The Authors. Journal compilation. 2006. Royal Australian and New Zealand College of Psychiatrists, p. 266–271. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/j.1440-1614.2006.01784.x>>. Acesso em 03/01/2020.

UNICAMP. Instituto de Economia. CESIT/IE Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho. **Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica**. São Paulo, 2017, p. 52. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>>. Acesso em 13/01/2020.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1ª ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 31(3):607-619, mar, 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2015000300607&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2015000300607&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 08/12/2019.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio, .; PIERANGELI, José, H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de derecho penal, Buenos Aires**, ed. Ediar, 5º Edição. 1986.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WERBA, Graziela C; DUARTE, Raquel A. Esperança & CIA. **Como sobrevivem as mães apenadas**. In: coletivo Feminino Plural. Vida, saúde e sexualidade das mulheres em regime semi-aberto: a um passo da liberdade – um projeto de prevenção em DSTs/HIV/AIDS com mulheres presas. Org. Telia Negrão e Aparecida Luz Fernandes. Pref. Fátima Oliveira – Porto Alegre, 2005.

WORLD PRISON BRIEF. **World Female Imprisonment List. third edition**. Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners Roy Walmsley More than 700,000 women and girls are in prison around the world, new report shows. World Female Imprisonment List (third edition). 2015, p. 13. Disponível em: <[www.prisonstudies.org/news/more-700000-women-and-girls-are-prison-around-world-new-report-shows](http://www.prisonstudies.org/news/more-700000-women-and-girls-are-prison-around-world-new-report-shows)>. Acesso em: 17/11/2019.

\_\_\_\_\_. **Pre-Trial Detention and its over-use**. Catherine Heard and Helen Fair. November 2019, p. 52. Disponível em: <[https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/pre-trial\\_detention\\_final.pdf](https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/pre-trial_detention_final.pdf)>. Acesso em: 17/11/2019.